

## CAPITOLO SECONDO

### L'ATTRIBUZIONE DELLA PATERNITA' (NELLA PROCREAZIONE SECONDO NATURA)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'accertamento della paternità nel rapporto matrimoniale. La paternità prenatale. - 3. La "condizione" di padre legittimo sul nascituro. - 3.1. La legittimazione ad agire del padre nei casi di richieste risarcitorie per nascita indesiderata. - 3.2. Profilo sulla decisione abortiva. - 4. L'azione di disconoscimento della paternità. Verso un disconoscimento a prova libera. Obiettivo: sicura esclusione della paternità legittima. Conseguenza: presupposta coincidenza tra *status* e identità biologica. - 4.1. Il disconoscimento del nascituro concepito. - 5. L'accertamento volontario della paternità naturale al momento della nascita secondo il sistema dello *status*. Rilevanza dell'atto di nascita. - 5.1. Il riconoscimento del nascituro concepito. Insufficienza della teoria dello *status*. La "condizione" di padre biologico. - 5.2. La rilevanza della "condizione" di padre nel riconoscimento volontario: il riconoscimento del figlio naturale minore degli anni sedici già riconosciuto da un genitore, da parte dell'altro genitore, quale diritto soggettivo primario del genitore stesso, costituzionalmente garantito. Applicazioni giurisprudenziali. L'interesse del minore, quale limite esterno, condizione del riconoscimento. Rinvio. - 6. L'accertamento giudiziale della paternità naturale. La valutazione dell'interesse del minore all'accertamento della paternità naturale tra *status* di padre naturale e "condizione" della paternità. - 7. Il "cedimento" dello *status* alla luce dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 279 c.c.; la prevalenza del principio di responsabilità genitoriale sull'efficacia preclusiva dello *status*.

#### 1. Premessa.

“[ ...] è certo che l'essenza del rapporto di filiazione è legata a una situazione di derivazione biologica, che impone a chi ha dato la vita anche la prestazione delle cure necessarie all'esistenza del nato; ma le pratiche collegate con le nuove forme di donazione biologica hanno portato a prospettive radicalmente nuove anche nel concetto giuridico di paternità o maternità e nella loro definizione legale: fissando il rapporto giuridico del nato con il donatore della sua vita a un presupposto di generica umana responsabilità che non si limita all'accertamento del fattore generativo”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> A. TRABUCCHI, *Famiglia e diritto nell'orizzonte degli anni 80*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 166; ID., *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 495 ss., ove l'a. rileva come per la definizione del rapporto di paternità si richieda, “accanto e oltre la presenza del fattore fisico (che noi chiameremo elemento di *verità*), una corrispondenza di ordine sociale, che un tempo si esprimeva principalmente nel concetto di accoglienza, ma che noi moderni dovremo piuttosto riferire a un elemento di autoreponsabilità (che noi chiameremo elemento di *responsabilità*)”.

Nel valutare l'impatto che la Riforma del diritto di famiglia del 1975 ha provocato sull'istituzione familiare, dieci anni dopo l'entrata in vigore della Novella, un autorevole autore delineava "i nuovi problemi di fondo in tema di filiazione, di carattere ben diverso dalla classica questione legata alla conoscenza di una causalità biologica"<sup>2</sup>.

Tuttavia, si può rilevare come a distanza di oltre vent'anni dalla pubblicazione di tali parole, la stessa questione legata alla conoscenza di una causalità biologica non abbia trovato una risposta giuridica soddisfacente rispetto alla concomitante evoluzione della scienza medica.

Un dato, tuttavia, pare la costante di qualsivoglia discorso giuridico in tema di filiazione: la considerazione dell'interesse preminente del figlio, del minore, del concepito, del non ancora nato, domina il panorama legislativo nazionale e sovranazionale in materia di filiazione, adozione, procreazione medicalmente assistita<sup>3</sup>.

I "nuovi" diritti costituzionali, configurati dalla Corte Costituzionale nelle recenti decisioni, quali il nome, l'identità personale, il diritto di conoscere le proprie origini, nascono nella prospettiva di salvaguardare il soggetto debole identificato nel figlio-minore.

La migliore dottrina su questi temi preferisce intitolare i propri Trattati con la parola "filiazione", nel matrimonio o fuori del matrimonio<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> A. TRABUCCHI, *Famiglia e diritto nell'orizzonte degli anni '80*, op. cit., p. 166.

<sup>3</sup> V. POCAR, P. RONFANI, *La famiglia e il diritto*, Laterza, Bari, 2003, p. 157 ss., ove si evidenzia come nelle legislazioni familiari, l'interesse del minore definito a seconda dei contesti, "superiore", "esclusivo", "prevalente", "oggetto di primaria considerazione", venga assunto quale principio cardine e proposto quale criterio guida per l'interprete e l'operatore nelle pratiche giudiziarie e socio-assistenziali; il medesimo discorso è ripreso da E. CAMILLERI, *Interesse del minore e disconoscimento della paternità. Spunti critici per un (ri)allineamento al sistema delle azioni di stato*, in *Famiglia*, 2001, I, p. 619 ss.

<sup>4</sup> A. CICU, *La filiazione*, nel *Trattato Vassalli*, III, 2, Utet, Torino, 1969; G. DEIANA, nel *Commentario rif. dir. fam.*, I, 2, Cedam, Padova, 1977, sub artt. 232-248 c.c.; P. VERCELLONE, *La filiazione legittima, naturale, adottiva e la procreazione artificiale*, nel *Trattato Vassalli*, III, 2, Utet, Torino, 1987; G. CATTANEO, *Della filiazione legittima*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro it., Bologna-Roma, 1988, sub artt. 231-249; G. CATTANEO, *Lo stato di figlio legittimo e le prove della filiazione*, nel *Trattato Rescigno*, 2 ed., III, 1997, p. 7 ss.; A. DE CUPIS, nel *Commentario dir. it. fam.*, IV, Cedam, Padova, 1992, sub artt. 231-243; G. BISCONTINI, *La filiazione legittima*, nel *Trattato Bonilini-Cattaneo*, III, Utet, Torino, 1997; M. SESTA, *La filiazione*, nel *Trattato dir. priv.* diretto da M. Bessone, III, Giappichelli, Torino, 1999; M. MANTOVANI, G.M. UDA, M. DI NARDO, *La filiazione legittima*, nel *Trattato dir. fam.* diretto da P. Zatti, II, *Filiazione*, a cura di G. Collura, L. Lenti, M. Mantovani, Giuffrè, Milano, 2002; U. MAJELLO, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro it., Bologna-Roma, 1982, sub artt. 250-290; L. CARRARO, nel *Commentario rif.*

Il Consiglio dei Ministri il 16 marzo 2007 ha approvato un disegno di legge<sup>5</sup> che conferisce al Governo la delega ad adottare uno o più decreti legislativi di modifica delle disposizioni vigenti in materia di filiazione per eliminare ogni residua discriminazione tra i figli nati nel matrimonio e i figli nati fuori del matrimonio o da matrimonio putativo<sup>6</sup>.

Volendo ipotizzare una scala gerarchica di valori, in secondo luogo viene in considerazione l'interesse della madre, la cui posizione privilegiata trova giustificazione nell'esigenza di assecondare l'ordine della natura, "mascherata" dal costante riferimento alla tutela della salute della madre, gestante, partoriente.

Da ultimo, si considera la posizione del padre, legittimo, naturale, adottivo, incestuoso, presunto, biologico.

Ma come emerge il fatto storico della paternità nell'ordinamento positivo? Quale

---

*dir. fam.*, I, 2, Cedam, Padova, 1977, *sub* artt. 250-264 c.c., p. 645 ss.; ID., nel *Commentario dir. it. fam.*, IV, Cedam, Padova, 1992, *sub* artt. 250-254 c.c., p. 79 ss.; G. FERRANDO, *La filiazione naturale e la legittimazione*, nel *Trattato Rescigno*, 4, Utet, Torino, 1997; P. UBALDI, M. DI NARDO, G.M. UDA, *La filiazione naturale*, nel *Trattato dir. fam.* diretto da P. Zatti, II, *Filiazione*, a cura di G. Collura, L. Lenti, M. Mantovani, Giuffrè, Milano, 2002, p. 261 ss.; A. PALAZZO, *La filiazione*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, LVI, Giuffrè, Milano, 2007.

<sup>5</sup> Si tratta del Disegno di legge n. 2514, XV Legislatura, presentato il 12 aprile 2007 su proposta del Ministro delle politiche per la famiglia, Rosy Bindi, del Ministro della giustizia, Clemente Mastella e del Ministro per i diritti e le pari opportunità, Barbara Pollastrini.

<sup>6</sup> Le principali direttive contenute nel disegno di legge si possono così schematizzare: il titolo IX del libro primo del c.c. "Della potestà dei genitori" viene sostituito dal "Dei diritti e doveri dei figli e delle relazioni tra genitori e figli"; l'art. 315 sui "doveri del figlio verso i genitori" viene sostituito dall'art. 315 "Diritti e doveri dei figli" cui segue l'art. 315 - *bis* sullo stato giuridico della filiazione che diventa lo stesso per tutti i figli salve le disposizioni specifiche in tema di filiazione che si riferiscono ai figli nati nel matrimonio o a quelli nati fuori del matrimonio. L'unificazione dei capi I e II del titolo VII del libro primo del codice civile con la sostituzione della rubrica del medesimo titolo VII con la rubrica "Dello stato di figlio" ed ulteriori modificazioni conseguenti atte ad eliminare ogni discriminazione. Si prevede l'abrogazione dell'istituto della legittimazione sia per susseguente matrimonio che per provvedimento del giudice e la sostituzione, in tutta la legislazione vigente, dei riferimenti ai "figli legittimi" e ai "figli naturali", con riferimenti ai "figli nati nel matrimonio" e ai "figli nati fuori del matrimonio". E' prevista la "ridefinizione" della disciplina del possesso di stato - estensibile con valore probatorio anche alla filiazione fuori del matrimonio -, della presunzione di paternità che opera anche con riguardo ai figli nati in costanza di matrimonio, dell'azione di disconoscimento della paternità nel rispetto dei principi costituzionali, della disciplina del riconoscimento dei figli nati fuori del matrimonio e della relativa nozione di "parentela" del figlio riconosciuto con i parenti del genitore; viene accentuata la valorizzazione del principio di responsabilità dei genitori nei confronti dei figli e confermata la previsioni dell'ascolto del minore che abbia adeguata capacità di discernimento, nelle procedure previste dalla medesima legge (il disegno di legge è reperibile per esteso nel sito: [www.senato.it](http://www.senato.it)).

è la definizione legale di padre? Possono esistere differenti definizioni a seconda che vi sia un matrimonio o una convivenza, un concepimento naturale in costanza di matrimonio o un concepimento tramite procreazione medicalmente assistita? Nelle differenti definizioni può trovarsi un elemento costante, comune, capace di rappresentare quel comune denominatore che non si risolve nell'interesse patrimoniale e/o affettivo del figlio?

E' stato efficacemente evidenziato come nell'evoluzione del diritto di filiazione, il profilo afferente il fondamento del rapporto di paternità abbia attraversato almeno tre fasi; dal tradizionale favore per il principio di legittimità, espressione della preferenza accordata alla famiglia legittima, alla progressiva emersione del valore della verità biologica, attualmente temperato dal *favor voluntatis* in cui "il rapporto di paternità può essere sganciato da un legame biologico e costruito su accordi liberi e volontari tra adulti"<sup>7</sup>

Certo è che nel sistema positivo attualmente vigente, questi principi non si sono avvicendati l'uno all'altro escludendosi ma hanno continuato a convivere "bilanciandosi" in nome del preminente interesse del figlio<sup>8</sup>.

Per quanto nell'attuale panorama legislativo vigente sia difficile dare una definizione giuridica di padre, ed in special modo se questa pretende di essere unitaria, è certo che la precisa individuazione e limitazione dello *status* di padre, dal quale derivano diritti, doveri, facoltà, oneri, segna la posizione della sua persona nella famiglia e nella società<sup>9</sup>.

E' difficile, infatti, capire in quale misura e secondo quale ordine logico-temporale il diritto influenza la realtà o, viceversa, la realtà il diritto.

Si è già detto come la novellata interpretazione del primo alinea dell'art. 30 Cost., abbia consentito di individuare una posizione di genitore giuridicamente rilevante, e per di più di rilievo costituzionale, che precede o, piuttosto, prescinde dall'accertamento formale dello *status* di madre o padre.

---

<sup>7</sup> A. PALAZZO, *La filiazione*, op. cit., p. 58, il quale si rifà a A. GUARNIERI, *Un figlio, due padri*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 1969.

<sup>8</sup> M. DOGLIOTTI, *Verità biologica, legale, affettiva nel rapporto di filiazione. Spunti e riflessioni.*, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 90 ss.

<sup>9</sup> C.M. BIANCA, *Dove va il diritto di famiglia?*, in *Famiglia*, 2001, I, p. 4, il quale sostiene che "occorre un giusto diritto di famiglia prima di una giustizia sociale della famiglia".

Il problema dell'individuazione della paternità nell'ordinamento positivo è ulteriormente complicata dalla recente Novella legislativa che ha disciplinato la procreazione medicalmente assistita<sup>10</sup>, la quale, come si vedrà nel prosieguo del discorso, ha introdotto il concetto normativo del coinvolgimento dell'uomo nel processo procreativo.

Tale "evoluzione", unitamente all'accresciuta sensibilizzazione della situazione giuridica del nascituro resa possibile dai contemporanei sviluppi delle applicazioni mediche alla fase della gestazione, ha reso possibile la configurazione di un interesse alla paternità - inteso come "diritto di essere padre"- che precede la nascita del figlio e sussiste in capo all'uomo a partire dalla fase gestazionale del concepito e lo assiste durante il momento del parto<sup>11</sup>.

Da qui l'esigenza di rivedere da cosa ed a partire da quale momento possa dirsi emergere per l'ordinamento positivo la "qualità di padre", secondo le norme vigenti che disciplinano rispettivamente il rapporto di filiazione legittima, naturale, e per quanto oggi ne rimane, di filiazione illegittima.

Il sistema vigente, da un lato, evidenzia una "qualità" di padre che si evince con certezza solamente dal meccanismo della costituzione dello *status*, sia questo considerato autonomamente o in unità col titolo dello stato, dall'altro consente e costringe anche a colui che non ha acquisito tale qualifica formale, di considerare la propria condizione "di colui che genera o ha generato", attraverso l'attribuzione del diritto al mantenimento, all'istruzione, e all'educazione del figlio<sup>12</sup>.

Nell'ipotesi di accertamento di *status*, sembra che il sistema presupponga la nascita del figlio.

---

<sup>10</sup> Si tratta, come è noto, della Legge 19 febbraio 2004, n. 40 "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita", in *Gazzetta Ufficiale, Serie generale*, n. 45 del 24 febbraio 2004.

<sup>11</sup> P. ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, p. 149 ss, il quale afferma che "il valore della vita prenatale, non trova, in campo giuridico, una tutela incondizionata, ma anzi in alcuni contesti, - come quello dell'interruzione di gravidanza - una tutela severamente limitata".

<sup>12</sup> Rileva come la nozione di *status* - quale che sia la nozione che si voglia accogliere - non possa essere ancora oggi utilmente impiegata per significare le differenze se pure residue che segnano la condizione dei figli legittimi e naturali, G. FERRANDO, *La filiazione naturale e la legittimazione*, *op. cit.*, p. 133. Vedi, altresì, a tal proposito, G. CRISCUOLI, *Variazioni e spunti in tema di status*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 157.

In una interpretazione del principio di responsabilità genitoriale nella prospettiva di colui che genera (e non solamente di colui che ha generato), deve riconoscersi che la qualità di genitore precede la nascita del figlio.

Se tale conclusione sembra essere pacifica in relazione alla madre, alla quale vengono riconosciuti automaticamente nella fase prenatale diritti e doveri sul concepito per il fatto della gestazione e del parto, oltre che per il fatto della procreazione, deve ammettersi che tale effetto possa assumersi anche in capo all'uomo autore dell'atto procreativo.

Se la tecnica di procreazione medicalmente assistita impone alla coppia di prestare un consenso già al momento "embrionale" (infatti, l'art. 6, comma 3° della l. n. 40/2004 prevede che la volontà possa essere revocata [ ...] fino al momento della fecondazione dell'ovulo) ed anzi tale consenso non sembra essere richiesto al momento della nascita, già da tale momento può dirsi configurabile un interesse anche in capo all'uomo a divenire padre<sup>13</sup>.

In conclusione, potrebbero anticiparsi le seguenti considerazioni. L'emersione della nozione giuridica di "padre" sembra collegata al sistema di accertamento e costituzione dello *status* in capo al figlio.

Tuttavia, la riforma del diritto di famiglia ed il complesso legislativo che ne è seguito, ha mostrato di voler conformare, in via tendenziale, lo *status* giuridicamente riconosciuto alla verità biologica della procreazione, qualora si tratti di procreazione secondo natura.

Il sistema della costituzione e di accertamento dello *status* di figlio legittimo e naturale obbedisce a regole di disciplina certe e rigorose. Tale "meccanismo" lascia nell'ombra la fattispecie della paternità prenatale; lo *status* di figlio, infatti, presuppone la nascita di questo, non già il concepimento.

Su di un altro versante, la giurisprudenza costituzionale ha configurato la sussistenza di un diritto fondamentale di procreare secondo natura, e di un principio di responsabilità per la procreazione che consente di individuare un interesse alla "genitorialità" in generale e alla paternità, per quel che ci occupa, che precede o addirittura prescinde dall'attribuzione formale dello *status* di genitore, padre o madre.

---

<sup>13</sup> Cfr., *infra*, Capitolo terzo.

Nel tentativo di far coesistere, valorizzandole, entrambe le situazioni delineate, la giurisprudenza è giunta a soluzioni applicative di significativa rilevanza con motivazioni non del tutto convincenti.

A tale proposito, risulta di particolare interesse la decisione della Cassazione penale<sup>14</sup>, la quale ha ritenuto applicabile la circostanza aggravante di cui all'art. 577 n. 1 c.p., rappresentata dall'aver commesso l'omicidio contro l'ascendente o il discendente, anche nella fattispecie in cui mancava un formale riconoscimento dello stato di figlio naturale della vittima e tale riconoscimento non era in ogni caso possibile a norma delle leggi civili essendo la vittima del reato di omicidio volontario già formalmente figlia legittima di altri.

La motivazione della Cassazione fa leva sulla distinzione di fondo tra *status* della persona, definito come complesso di situazioni giuridiche attive e passive facenti capo alla persona e "dato fattuale della nascita", nella specie fuori del matrimonio, accertabile *incidenter tantum* nel processo penale oltre i limiti posti dalla legge civile al limitato fine di ritenere applicabile la circostanza aggravante.

A prescindere dalle considerazioni generali sulla citata decisione, è doveroso rilevare la contraddizione insita nella motivazione prospettata dal Supremo Collegio.

Da un lato, infatti, esso riconosce che nel processo penale, sia possibile accertare il fatto della procreazione in via incidentale senza il rispetto dei limiti posti dalle leggi civili; tale accertamento, infatti, non si ripercuote in termini di *status*, ma mira al soddisfacimento dell'interesse pubblico che aspira a punire il colpevole del reato di omicidio in maniera proporzionale all'intensità dell'offesa inflitta; a quale dei due valori, - certezza dello *status*, interesse pubblico alla adeguata sanzione penale in ragione della gravità dell'offesa -, sia da attribuire maggiore rilevanza, è un interrogativo di non immediata soluzione<sup>15</sup>.

Dall'altro, tuttavia, la Corte chiarisce come per l'accertamento incidentale di tale

---

<sup>14</sup> Cass. pen., Sez. I, 29 marzo 2004, n. 15023, in *Fam. e dir.*, 2005, p. 273 ss. con nota di C. FOLADORE, *Status familiari e poteri di accertamento incidentale del giudice penale*.

<sup>15</sup> P. RESCIGNO, voce "Status, 1) teoria generale", in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Ed. Enc. it., Roma, 1993, p. 1-6, il quale non manca di rilevare come dalle disposizioni concernenti la necessità dell'intervento del pubblico ministero "nelle cause riguardanti lo stato e la capacità delle persone (art. 70 c.p.c.) e la norma che vieta l'arbitrato per le controversie attinenti allo stato e alla capacità (art. 806 c.p.c.)" si desume chiaramente l'interesse di natura pubblica alla materia degli stati e della capacità.

“dato fattuale”, nella fattispecie concreta la paternità biologica dell’omicida, si possa “fare uso” dei criteri di prova diretti ad accertare la paternità “naturale”, da cui discende lo *status* di “naturale”, di guisa che “il disposto dell’art. 269, comma 4°, c.c., secondo cui la sola dichiarazione della madre e la sola esistenza di rapporti tra questa e il preteso padre all’epoca del concepimento non costituiscono prova della filiazione, non esclude che tali circostanze, nel concorso con altri elementi, anche di tipo presuntivo possano essere utilizzati dal giudice di merito a sostegno del proprio convincimento”, nell’accertamento, *incidenter tantum*, della paternità biologica.

## **2. L’accertamento della paternità nel rapporto matrimoniale. La paternità prenatale.**

Tradizionalmente si è soliti studiare la c.d. “presunzione di paternità” tra i presupposti costitutivi dello *status* di figlio legittimo<sup>16</sup>: più precisamente, la generazione ad opera del marito della madre rappresenta, - nel concorso dell’esistenza di un matrimonio valido o putativo tra i genitori<sup>17</sup>, del concepimento avvenuto in costanza di matrimonio e del parto della donna sposata -, quel fatto storico il cui accertamento conduce all’attribuzione giuridica della qualità di figlio nel matrimonio<sup>18</sup>.

Segnatamente, si insegna che mentre la prova del matrimonio e del parto della donna sposata sono facilmente raggiungibili, il primo con l’atto di celebrazione del matrimonio (art. 130 c.c.)<sup>19</sup>, il secondo con l’attestazione di avvenuta nascita<sup>20</sup>, il

---

<sup>16</sup> A. CICU, *La filiazione*, op. cit., p. 6; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Cedam, Padova, XLII ed., 2005, p. 387; G. CATTANEO, *Lo stato di figlio legittimo e le prove della filiazione*, op. cit., p. 7 ss.

<sup>17</sup> Di particolare interesse risulta l’ipotesi di annullamento del matrimonio per errore della sposa circa la capacità di avere rapporti sessuali del marito o la capacità di procreare del medesimo, nella quale si può contestare lo stato di legittimità dei figli avuti dalla moglie per effetto di tale accertamento, cfr. sul punto G. CATTANEO, *Lo stato di figlio legittimo e le prove della filiazione*, op. cit., p. 18.

<sup>18</sup> C. COSSU, *Filiazione legittima*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, p. 638, rileva come il sistema della filiazione legittima anche dopo la riforma abbia mantenuto i suoi caratteri tradizionali di guisa che “è rimasto immutato l’attuale insegnamento secondo il quale concorrono a costituire la fattispecie della filiazione legittima quattro circostanze [...]”.

<sup>19</sup> L’art. 130 c.c. recita testualmente: “Nessuno può reclamare il titolo di coniuge e gli effetti del matrimonio, se non presenta l’atto di celebrazione del matrimonio estratto dai registri dello stato civile.



concepimento avvenuto in costanza di matrimonio e la generazione ad opera del marito della madre abbisognano di una sorta di “finzione”<sup>21</sup> giuridica attesa la fisiologica difficoltà di provare con esattezza il momento del concepimento e la provenienza dello stesso.

Soccorrono, pertanto, due presunzioni di legge<sup>22</sup>; la prima, nell’ordine espositivo

---

Il possesso di stato, quantunque allegato da ambedue i coniugi, non dispensa dal presentare l’atto di celebrazione”.

<sup>20</sup> L’attestazione di avvenuta nascita, di cui agli artt. 29, comma 6° e 30, comma 2° del d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396 (*Regolamento per la revisione e la semplificazione dell’ordinamento dello stato civile, a norma dell’art. 2, comma 12°, legge 15 maggio 1997, n. 127*), svolge la funzione di “accertare la verità della nascita” ed è sostituibile, nei casi in cui il dichiarante non sia in grado di esibire l’attestazione di constatazione di avvenuto parto, dalla dichiarazione sostitutiva resa ai sensi dell’art. 2 della legge 4 gennaio 1968, n. 15; per un commento al nuovo ordinamento dello stato civile, cfr. P. STANZIONE (a cura di), *Il nuovo ordinamento dello stato civile, Commento al D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396*, Giuffré, Milano, 2001; S. SCOLARO, *Guida al nuovo Regolamento dello stato civile (D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396)*, Maggioli, Rimini, 2001; G. SABEONE, *Revisione e semplificazione dell’ordinamento dello stato civile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2001, p. 24 ss.; G. CALIENDO, *Regolamento per la revisione e la semplificazione dell’ordinamento di stato civile*, in *Fam. e dir.*, 2001, p. 215 ss.

<sup>21</sup> L’espressione è impiegata in senso atecnico, consci della rigorosa distinzione prospettata dalla dottrina civilistica tra “presunzione” e “finzione”; cfr. sul punto ampiamente, A. PALAZZO, *La filiazione, op. cit.*, p. 271 nota (1).

<sup>22</sup> Come è noto non vi è accordo in dottrina sulla qualificazione dell’art. 231 c.c. come “presunzione legale” ovvero piuttosto come “attribuzione legale di paternità”. Parla di “presunzione” se pure non di carattere assoluto A. CICU, *La filiazione, op. cit.*, p. 26 ss. Contrario alla configurazione della c.d. presunzione di paternità come vera e propria presunzione è A. ATTARDI, *Efficacia giuridica degli atti di stato civile*, Città di Castello, Soc. tip. Editrice, “Leonardo da Vinci”, 1949, p. 30 ss. secondo il quale, si ha una presunzione allorché la legge ammette che l’esistenza di un fatto possa essere desunta dall’esistenza di un altro fatto legato al primo da un particolare rapporto. Se poi manca il particolare rapporto tra il fatto noto e quello ignoto, la legge ammette, altresì, che si dia la prova contraria. Tuttavia, prosegue l’a. non si deve credere che come conseguenza della presunzione di esistenza del fatto ignoto si producono provvisoriamente gli effetti propri di esso. La presunzione legale *iuris tantum* secondo l’a. ha natura meramente processuale di guisa che se l’art. 231 c.c. configurasse una vera e propria presunzione non ci sarebbe bisogno di una azione costitutiva come è l’azione di disconoscimento ma di una azione di accertamento negativo per provare l’inesistenza di un fatto presunto dalla legge esistente fino a prova contraria. In particolare, secondo l’illustre studioso, la presunzione di paternità non opera logicamente nel processo di disconoscimento della paternità: 1) non opera a favore del figlio convenuto nel senso che l’onere per il padre di provare il difetto della sua paternità sussisterebbe indipendentemente dallo svolgersi della presunzione; 2) non opera certo contro il padre, nel senso che egli, anche ove essa non sussistesse, sarebbe tenuto ugualmente a provare il difetto della sua paternità. In altre parole, se si trattasse di presunzione vera e propria, basterebbe fornire la prova contraria e non occorrerebbe esercitare un’azione costitutiva. Più di recente, G.M. UDA, *Presunzione di paternità e prove della filiazione legittima*, nel *Trattato dir. fam.* diretto da P. Zatti, II, *Filiazione* a cura di G. Collura, L. Lenti, M. Mantovani, Giuffré, Milano, 2002, p. 71, ritiene che si debba operare una distinzione di fondo nel senso

voluto dal codice civile e contenuta nell'art. 231<sup>23</sup> c.c. la cui rubrica si intitola "paternità del marito" traduce l'antico brocardo latino *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, la seconda, del successivo art. 232<sup>24</sup> c.c. reca il titolo "presunzione di concepimento durante il matrimonio"<sup>25</sup>.

In linea teorica, l'accertamento dell'esistenza dei quattro presupposti fonda lo *status* di figlio legittimo.

Ma da che cosa si evince la paternità legittima? Una prima risposta suggerita dal sistema porterebbe a dire che tale qualità deriva certamente dalla costituzione dello *status*<sup>26</sup> di legittimo del figlio<sup>27</sup>.

---

che l'art. 231 c.c. riguarda la paternità legittima intesa come qualità e in quanto tale non può essere oggetto di presunzione mentre la presunzione di paternità attiene alla paternità biologica la quale si sostanzia nel fatto storico della discendenza biologica ed è immanente al sistema. Diversamente, G. CATTANEO, *Lo stato di figlio legittimo e le prove della filiazione*, *op. cit.*, p. 31, il quale precisa "che si tratti di un'attribuzione di *status* e non già di una presunzione, risulta, in primo luogo, dal fatto che essa non può essere tolta di mezzo se non con l'esercizio di un'azione che ha le caratteristiche proprie delle azioni costitutive [...]" ed *ivi* ampie indicazioni bibliografiche.

<sup>23</sup> Art. 231 c.c.: "Il marito è padre del figlio concepito durante il matrimonio".

<sup>24</sup> Art. 232 c.c.: "Si presume concepito durante il matrimonio il figlio nato quando sono trascorsi centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio e non sono ancora trascorsi trecento giorni dalla data dell'annullamento, dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio.

La presunzione non opera decorsi trecento giorni dalla pronuncia di separazione giudiziale, o dalla omologazione di separazione consensuale, ovvero dalla data della comparizione dei coniugi avanti al giudice quando gli stessi sono stati autorizzati a vivere separatamente nelle more del giudizio di separazione o dei giudizi previsti nel comma precedente".

<sup>25</sup> A. PALAZZO, *La filiazione*, *op. cit.*, p. 271 ss., per il quale mentre l'art. 231 c.c. non collegato al successivo art. 232, comma 1°, contiene una finzione legale, atteso che la norma non compone un sillogismo presuntivo, l'art. 232, comma 1° è una presunzione vera e propria. Di contro, M. MANTOVANI, *La filiazione legittima, Presupposti della legittimità. La presunzione di concepimento*, nel *Trattato dir. fam.* diretto da P. Zatti, II, *Filiazione* a cura di G. Collura, L. Lenti, M. Mantovani, Giuffrè, Milano, 2002, p. 50, rileva come per la dottrina prevalente non si tratti di una presunzione in senso tecnico, atteso che la norma non si fonda su di un giudizio probabilistico basato sull' *id quod plerumque accidit* ma trovi la sua *ratio* nel *favor legitimitatis* del Legislatore di guisa da collocare la nascita in un arco temporale sufficientemente ampio nei termini massimi e minimi da poter attrarre nella sfera della legittimità sia le nascite tardive sia i parti prematuri. L'a., nel rilevare come ciò che conta - di regola - per l'acquisto dello *status* di legittimo non sia l'effettivo concepimento durante il matrimonio bensì la collocazione temporale della nascita nel periodo indicato dal 1° comma dell'art. 232 c.c. conclude condividendo l'affermazione di G. BISCONTINI, *La filiazione legittima*, *op. cit.*, p. 29, secondo cui la presunzione di concepimento in costanza di matrimonio dà luogo "ad una vera e propria finzione che funge da presupposto per l'acquisto dello *status legitimitatis*".

<sup>26</sup> Merita una breve parentesi l'uso del concetto giuridico di *status*, sul quale si può leggere lo scritto di G. ALPA, *Status e capacità, La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Laterza, Bari, 1993, p. 1-

A *contrariis*, infatti, è da rilevare che per escludere con sicurezza la qualità di padre legittimo il rimedio previsto dall'ordinamento è l'azione di disconoscimento della paternità che, ontologicamente, presuppone la previa formazione dello *status* di figlio legittimo<sup>28</sup>.

La predetta azione, infatti, è esperibile solo nel caso di figlio nato in costanza di matrimonio (art. 232, comma 1° c.c.) o prima dei centottantaggiorni dalla celebrazione del matrimonio (art. 233 c.c.)<sup>29</sup>, nelle ipotesi cioè ove l'ordinamento espressamente "accende" il diritto del figlio allo *status* di legittimo nella convergenza degli altri presupposti.

Non così, invece, è stato deciso dal Legislatore della Riforma del diritto di famiglia nell'ipotesi in cui il figlio sia nato decorsi trecento giorni dallo scioglimento o annullamento del matrimonio etc., ipotesi che non danno luogo ad una situazione di "immediata" legittimità anche se tale legittimità può essere giudizialmente dimostrata (art. 234<sup>30</sup> c.c.).

Invero, nelle fattispecie sopra richiamate, giurisprudenza e dottrina dominanti

---

62; l'a. evidenzia come il concetto di *status* riassume oggi ancor più che in passato una tecnica di distinzione degli individui sul piano del diritto. Per quanto sia stata prospettata una distinzione degli *status* a seconda che si tratti di uno *status* comunitario riguardante la posizione del singolo nei confronti della comunità cui appartiene e uno *status* individuale o "personalistico" che "contrassegna il singolo come entità sempre identica a se stessa", in realtà l'a. rileva come lo *status* sia un concetto relazionale, che ha ragion d'essere solo in quanto sia considerato in relazione ad altri soggetti. Cfr., P. RESCIGNO, *Situazioni e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973 I, p. 209; ID., voce "Status 1) Teoria generale", *op. cit.*

<sup>27</sup> Nella medesima direzione sembra orientato G. CATTANEO, *Lo stato di figlio legittimo e le prove della filiazione*, *op. cit.*, p. 41 allorché nel prevedere l'ipotesi dei cosiddetti conflitti di presunzione, assume come premessa che l'attribuzione legale della paternità del marito, tanto nel caso dell'art. 231 c.c. quanto in quello dell'art. 233 c.c., presuppone la formazione di un titolo di stato corrispondente.

<sup>28</sup> A prescindere, infatti, dalla formazione del titolo dello stato, ed ancor prima, dall'indirizzo che si voglia seguire circa la funzione del predetto titolo, in linea teorica non può disconoscersi che l'impugnativa del disconoscimento di paternità presupponga la "potenzialità" dello *status* di legittimo del figlio. Nel senso che per l'esercizio della citata azione si possa prescindere dall'atto di nascita o dal possesso di stato sembra orientato A. ATTARDI, *Efficacia giuridica degli atti di stato civile*, *op. cit.*, p. 85, per il quale "deve ammettersi che l'azione di disconoscimento di paternità possa essere esercitata in assenza dell'atto di nascita e del possesso di stato".

<sup>29</sup> Art. 233 c.c.: "Il figlio nato prima che siano trascorsi centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio è reputato legittimo se uno dei coniugi, o il figlio stesso, non ne disconoscono la paternità".

convergono nel ritenere che il fatto costitutivo della pretesa azionabile con il disconoscimento di paternità sia lo stesso ed identico appare il relativo onere probatorio - incombente sull'attore *ex art. 2697 c.c.* - costituito dalla prova che il marito non è padre del figlio<sup>31</sup>.

A tal proposito, è doveroso ricordare che la medesima conclusione non è stata unanimemente condivisa dalla dottrina più risalente occupatasi del tema; per quanto vi sia l'accordo nel ritenere che nell'ipotesi dell'art. 233 c.c. l'oggetto della prova dell'azione di disconoscimento non riguarda i fatti indicati nell'art. 235 c.c., permane un indirizzo secondo il quale l'attore in disconoscimento *ex art. 233 c.c.* è dispensato dall'onere di dimostrare che il marito non è padre dovendo piuttosto fornire la prova che il figlio è nato prima dei centottanta giorni mentre grava sui convenuti l'eventuale prova positiva della paternità del marito<sup>32</sup>.

In ogni modo, la soluzione raggiunta dall'orientamento più accreditato non è di poco momento e dall'aspetto meramente processuale rappresentato dall'onere e dall'oggetto della prova, comporta rilevanti conseguenze sul terreno del diritto sostanziale.

A prescindere dalla natura dell'azione di disconoscimento, su cui si tratterà nel prosieguo, il dato che emerge dalla giurisprudenza è la necessità che l'attore in disconoscimento fornisca la prova della non paternità del marito, cioè alleghi l'accertamento dell'inesistenza di un fatto che l'ordinamento dà per esistente, cioè la paternità legittima del marito della madre.

In particolare, è da rilevare che l'azione di disconoscimento verrà accolta una

---

<sup>30</sup> Art. 234, comma 1° c.c.: "Ciascuno dei coniugi e i loro eredi possono provare che il figlio, nato dopo i trecento giorni dall'annullamento, dallo scioglimento o dalla cessazione degli effetti civili del matrimonio, è stato concepito durante il matrimonio".

<sup>31</sup> Cass., Sez. I, 25 giugno 1988, n. 4281, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 381, con nota di M. DI NARDO; Cass., Sez. I, 29 dicembre 1990, n. 12211, in *Foro it.*, 1992, I, 198; in dottrina, G. CATTANEO, *Lo stato di figlio legittimo e le prove della filiazione*, *op. cit.*, p. 40; M. DI NARDO, *L'azione di disconoscimento della paternità*, nel *Trattato dir. fam.* diretto da P. Zatti, II, *Filiazione*, a cura di G. Collura, L. Lenti, M. Mantovani, Giuffrè, Milano, 2002, p. 148 ss.

<sup>32</sup> G. DEIANA, *sub art. 233 c.c.*, *op. cit.*, p. 570 secondo il quale in ordine al regime probatorio tutti possono dire che il marito non è padre, provando soltanto che il figlio è nato prima dei 180 giorni, ma gli altri possono provare che il marito è padre; A. DE CUPIS, *sub art. 233*, *op. cit.*, p. 18, il quale ritiene, in questa ipotesi, sufficiente la negazione della paternità non essendo necessario fornire la prova della non paternità; ed *ivi* ampi riferimenti bibliografici.

volta raggiunta la certezza processuale dell'inesistenza del fatto dato per giuridicamente esistente fino a quel momento<sup>33</sup>.

Un primo obiettivo, quindi, sembra raggiunto: la qualità di padre legittimo si può evincere dallo *status* di legittimo del figlio. Tuttavia, a questo punto, si pongono altri problemi.

Il primo e più tradizionale attiene al momento in cui si può ritenere costituito lo *status* di legittimo in capo al figlio.

Il secondo, concerne la considerazione per la quale tutto il sistema della costituzione dello *status* di figlio presuppone in ogni caso che quest'ultimo sia nato.

In altre parole, potrebbe obiettarsi che la prima soluzione raggiunta dalla tesi di partenza - che, giova ripeterlo, consente di ritenere giuridicamente esistente la qualità di padre legittimo dalla costituzione dello *status* di legittimo del figlio - presuppone l'avvenuta nascita del figlio da cui l'acquisizione dello *status*.

Solo in tal caso, infatti, è possibile sostenere che ove il figlio nato abbia tale *status*, anche il marito della madre, in forza dell'operatività della presunzione di paternità ed in ragione di un principio di corrispondenza biunivoca tra *status*, abbia anch'esso la qualità di padre legittimo.

Ma nell'ipotesi in cui il figlio non sia ancora nato, perché nascituro o ancora non concepito, e manchi sia l'operatività della presunzione di paternità finalizzata alla costituzione dello *status* di figlio, sia lo stesso *status* di figlio legittimo del non ancora nato, ci si chiede che cosa legittimi il presunto padre a qualificarsi come legittimo per l'ordinamento giuridico.

Sono frequenti i casi nella giurisprudenza in cui si assiste alla partecipazione del marito della madre alla vicenda giudiziaria che ha coinvolto il concepito e si ammette, senza neppure porla in discussione, la legittimazione ad agire dello stesso marito sul presupposto che sia anche il padre<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Così sembra ora grazie a Corte Cost., 6 luglio 2006, n. 266, cit. *infra*.

<sup>34</sup> Sul diritto del padre di ricevere informazioni circa lo stato di salute del feto, e di riceverle corrette, cfr. *ex multis*: Cass., Sez. III, 20 ottobre 2005, n. 20320 in *Dir. e giust.*, 2005, p. 45, la quale ha riconosciuto la responsabilità del medico per non aver diagnosticato la malattia del nascituro non solo nei confronti della madre, ma anche del padre. Vedi, altresì, Cass., Sez. III, 21 giugno 2004, n. 11488 in *Famiglia*, 2005, II, p. 934 con nota di A. QUERCI, *Vita indesiderata, ingiusta, non sana: profili di responsabilità civile*;

Sono, altresì, note le disposizioni normative che prevedono la facoltà di disporre per testamento e donazione ai nascituri, di talché può ritenersi, dal punto di vista del soggetto agente che anche colui che si presume essere il padre - legittimo nella fattispecie - abbia titolo come tale di disporre in favore del non ancora concepito, e quindi in mancanza di uno *status* di figlio legittimo e di operatività della presunzione legale.

In altre parole, in queste ultime ipotesi, manca lo *status* di figlio legittimo eppure il padre ha già tale qualifica.

Prima di affrontare tale discorso, tuttavia, è opportuno ritornare al primo problema sollevato, la cui soluzione, precede logicamente la questione della rilevanza giuridica della paternità legittima prenatale.

Il punto di partenza del diritto positivo è l'art. 231 c.c., il quale afferma che "il marito è il padre del figlio concepito durante il matrimonio".

La norma, tradizionalmente reputata di "civile importanza", non ha subito modificazioni ad opera della riforma del diritto di famiglia ed è rimasta uguale al testo dell'art. 231 del codice civile del 1942, il quale a sua volta ha ripreso la formulazione dell'art. 159 del precedente codice civile del 1865 che sostanzialmente riproduceva l'art. 312, comma 1° del Codice Napoleone<sup>35</sup>.

Significativa è la circostanza che nel citato disegno di legge sulla non discriminazione degli *status filiationis*, nell'ambito dell'unificazione dei capi primo e secondo del titolo settimo del libro primo del codice civile nell'unico capo, dal titolo "Dello stato di figlio", sia prospettata la sostituzione della intitolazione della sezione prima del capo primo "Dello stato di figlio legittimo" con la intitolazione "Della presunzione di paternità", quasi a confermare la portata storica nella continuità della citata presunzione.

Il nodo da sciogliere è il seguente: dal punto di vista di colui che si ritiene padre, la presunzione di paternità opera autonomamente o solo insieme alla presunzione di legittimità, della prova del matrimonio e della maternità, e quindi dopo la nascita del figlio e l'acquisizione dello *status* di legittimo di questi?

---

Cass., Sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 121 con nota di E. GIACOBBE, *Wrongful life e problematiche connesse*.

<sup>35</sup> A. DE CUPIS, *sub art. 231 c.c., op. cit.*, p. 7.

E' plausibile ritenere che la legittimità del figlio preceda logicamente la medesima qualità del padre o sarebbe più opportuno configurare il fondamento del titolo di padre legittimo già prima della nascita del figlio e della formazione del suo *status*?

Letteralmente la disposizione prevede che il marito è il padre del figlio concepito durante il matrimonio (art. 231 c.c.). Quest'ultimo è solo colui che è nato decorsi centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio e non sono ancora trascorsi trecento giorni dalla data dell'annullamento, dello scioglimento o dalla cessazione degli effetti civili del matrimonio (art. 232, comma 1° c.c.).

Ne deriva che la presunzione di paternità del marito opera solo se il figlio è concepito in costanza di matrimonio, cioè nell'operatività della presunzione di legittimità.

Il sistema è rigoroso.

Tuttavia, l'interrogativo di poc'anzi non è di facile soluzione in considerazione del fatto che anche per la costituzione dello *status* di figlio legittimo l'ordinamento prevede deroghe all'operatività delle stesse presunzioni.

Nel caso di nascita del figlio prima dei centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio, e quindi nell'ipotesi in cui non opera la presunzione di concepimento in costanza di matrimonio, non di meno la legge (art. 233 c.c.) reputa legittimo il figlio con una presunzione che è sì relativa, ma che, se non è contestata, vale ad attribuire al figlio, fuori dalla presunzione di legittimità, il medesimo *status* di figlio legittimo.

A tale conclusione è giunta anche la Cassazione, la quale nel rilevare come il legislatore della riforma in presenza di tre situazioni che in passato davano luogo a situazioni di legittimità, quali la nascita del figlio prima dei centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio, la nascita del figlio in costanza di matrimonio e la nascita del figlio dopo trecento giorni dallo scioglimento o annullamento del matrimonio, abbia mantenuto in vigore solo le prime due, chiarisce che "l'art. 233 c.c. prevede una filiazione legittima vera e propria anche se in parte differente da quella prevista dagli artt. 231 e 232, comma 1° e tale filiazione non integra uno stato non precario, venuto ad esistenza e collegato al figlio, al fatto ed al momento della nascita, non bisognevole di alcuna prova particolare per produrre i suoi effetti e destinato a cadere solo con il

vittorioso esperimento dell'azione di disconoscimento”<sup>36</sup>.

La situazione delineata è resa più complessa dall'intervento di dottrina e giurisprudenza, le quali, come è noto, hanno chiarito che la presunzione di paternità non opera più per il solo fatto della procreazione da donna coniugata, ma solo quando vi sia anche un conforme atto di nascita di figlio legittimo<sup>37</sup>.

E' noto come sul momento di operatività della presunzione di paternità si siano formate in seno alla dottrina più accreditata, due correnti di pensiero.

L'orientamento più risalente, infatti, ritiene che la presunzione di paternità abbia carattere originario di guisa che essa opera per il fatto della nascita del figlio<sup>38</sup> e determina da questo momento lo *status* di figlio legittimo del nato<sup>39</sup>.

Da tale affermazione discende che qualora il figlio nasca nei presupposti di legittimità, acquista automaticamente lo *status* di figlio legittimo con la conseguenza che è giuridicamente impossibile un successivo riconoscimento come figlio naturale di altra persona e che il rimedio per contestare tale titolo è agire giudizialmente con l'azione di disconoscimento della paternità<sup>40</sup>.

In tale prospettiva, lo *status* di figlio legittimo si determina precedentemente alla formazione dell'atto di nascita ed a prescindere da esso.

Quest'ultimo, a sua volta, vale come mezzo di prova dello stato di figlio legittimo acquisito fin dal momento della nascita “in virtù della generazione avvenuta nel matrimonio presuntivamente ad opera del marito della madre”<sup>41 42</sup>.

---

<sup>36</sup> Cass., Sez. I, 25 giugno 1988, n. 4281, cit.

<sup>37</sup> Cass., Sez. I, 2 aprile 1987, n. 3184; Cass., Sez. I, 10 ottobre 1992, n. 11073; Cass., Sez. I, 5 aprile 1996, n. 3194; Cass., Sez. I, 27 agosto 1997, n. 8059.

<sup>38</sup> A. DE CUPIS, *sub art. 231 c.c., op. cit.*, p. 9; G. M. UDA, *Presunzione di paternità e prove della filiazione legittima, op. cit.*, p. 89.

<sup>39</sup> A. DE CUPIS, *sub art. 231 c.c., op. cit.*, p. 8; A. ATTARDI, *Efficacia giuridica degli atti di stato civile*, cit.

<sup>40</sup> Secondo tale impostazione l'atto di nascita ha una funzione meramente probatoria e non costitutiva dello *status* di figlio legittimo il quale per l'appunto si costituisce già dal momento della nascita del figlio, cioè prima della formazione dell'atto di nascita laddove concorrono i presupposti già ricordati; cfr. ampiamente G.M. UDA, *Presunzione di paternità e prove della filiazione legittima, op. cit.*, p. 85 ed *ivi* riferimenti bibliografici.

<sup>41</sup> A. DE CUPIS, *sub art. 231 c.c., op. cit.*, p. 9.

<sup>42</sup> A. ATTARDI, *Efficacia giuridica degli atti di stato civile, op. cit.*, p. 1 ss., secondo il quale, l'atto di stato civile assume il valore di prova legale dello *status* all'interno del processo, se pure non esclusiva e nemmeno assoluta.



A tale concezione, si contrappone la teoria c.d. del titolo dello stato prospettata da autorevole dottrina<sup>43</sup> e coltivata ampiamente dalla giurisprudenza di legittimità<sup>44</sup>, a tenore della quale la presunzione di paternità non opera per il fatto della nascita del figlio, ma dalla formazione del titolo di figlio legittimo.

In buona sostanza, ciò significa che, secondo l'indirizzo consolidato della Cassazione, la presunzione di paternità opera solo in unità con un conforme titolo di figlio legittimo o, in mancanza con un conforme possesso di stato di figlio legittimo.

In tal caso, la presunzione di paternità ha una funzione integrativa delle risultanze dell'atto di nascita e quindi non opera quando nella redazione dell'atto di nascita la legittimità del figlio viene negata dalla madre dichiarante, perché la madre dichiara il figlio come naturale ovvero perché si avvalga della facoltà di non essere nominata<sup>45</sup>.

La soluzione del problema relativo alla modalità ed al momento di costituzione dello *status* di figlio legittimo non è di poco momento e si riflette inevitabilmente nell'accertamento della qualità di padre legittimo anche per il profilo relativo all'accertamento della paternità prenatale.

L'ipotesi prospettata suggerisce che "l'emersione" della qualità giuridica di

---

<sup>43</sup> A. CICU, *La filiazione*, cit.

<sup>44</sup> *Ex multis*, Cass., Sez. I, 27 agosto 1997, n. 8059, in *Fam e dir.*, 1998, p. 79 ss.; Cass., Sez. I, 5 aprile 1996, n. 3194; Cass., Sez. I, 10 ottobre 1992, n. 11073, in *Dir. fam. pers.*, 1993, I, p. 468 ss.

<sup>45</sup> Merita ricordare, accanto alle tradizionali ipotesi interpretative circa il momento di operatività della presunzione di paternità la soluzione prospettata da G. M. UDA, *Presunzione di paternità e prove della filiazione legittima*, *op. cit.*, p. 90, ove l'a. sostiene che la presunzione di paternità è operativa sin dal momento della nascita del figlio e non è subordinata alla formazione (e all'iscrizione) dell'atto di nascita. Secondo tale linea di pensiero, infatti, la presunzione di paternità opera a seguito della dichiarazione di nascita di figlio di donna coniugata, cioè nella fase della *cognizione* ad opera della P. A.: l'ufficiale di stato civile in virtù della dichiarazione di nascita di figlio di donna coniugata e della contestuale attestazione di avvenuta nascita procede all'accertamento della maternità di donna coniugata, quindi sul fondamento di tale accertamento assume la cognizione della paternità del nato mediante la presunzione di paternità, verificando sempre secondo le risultanze dell'attestato di nascita, se il figlio sia nato nei termini indicati dagli artt. 232 e 233 c.c. In conclusione, secondo l'a. la presunzione di paternità non presuppone l'atto di nascita ma partecipa all'accertamento dei fatti storici che costituisce una fase del procedimento di formazione dell'atto. L'unico presupposto dell'operatività della presunzione di paternità è la sola dichiarazione di nascita unitamente alla presentazione dell'attestato di nascita. "In sintesi", - afferma la citata dottrina, - "si può affermare che la presunzione di paternità non postula il perfezionamento dell'atto di accertamento, ma al contrario, partecipa al procedimento di acquisizione e cognizione dei fatti storici in

padre legittimo segua logicamente la costituzione del medesimo *status* per il figlio.

Da tale impostazione possono trarsi due assunti fondamentali.

Il primo, conduce a ritenere che il concetto giuridicamente rilevante di padre “legittimo” sia ancorato al sistema di costituzione e accertamento dello *status*.

Il secondo che deriva logicamente dal primo, porta alla conclusione che la qualità di padre legittimo non può emergere prima della nascita del figlio e della costituzione dello *status* di questo.

In altre parole, è da rilevare come il sistema della costituzione dello *status* presupponga, in ogni caso, la nascita del figlio.

Tuttavia, il diverso *modus operandi* del meccanismo di costituzione dello *status* in uno con il diverso momento di operatività della presunzione di paternità, può comportare differenti soluzioni quanto all’accertamento della qualità di padre legittimo prima della nascita del figlio.

Aderendo all’indirizzo dottrinario più risalente, infatti, è plausibile sostenere che se la costituzione dello *status* di figlio legittimo è automatica e risale al fatto della nascita - atteso che la presunzione di paternità opera *de plano* -, prima della nascita il padre è investito di una “legittimità” che gli deriva dall’operatività “a ritroso” della presunzione di paternità e della *vis matrimonii*, inteso quest’ultimo più che come atto, come rapporto giuridico da cui deriva l’obbligo reciproco della fedeltà e della coabitazione.

In altre parole, in tale fattispecie, l’esistenza del vincolo coniugale fonda la presunzione di quella comunione materiale e spirituale che importa l’esclusività dei rapporti sessuali tra i coniugi di guisa da configurare una coincidenza tra paternità biologica e paternità legittima prima della nascita<sup>46</sup>.

Si può affermare che il matrimonio, unitamente all’evidenza della gestazione ad opera della donna coniugata, rappresentano quei fatti noti da cui risalire al fatto ignorato, il concepimento ad opera del marito.

Tale conclusione sembra confermata anche dal dato normativo; l’art. 232 comma 2, c.c., infatti, esclude l’operatività della presunzione di concepimento di cui al comma

---

base ai quali la P. A. perviene alla *certezza pubblica* e viene perfezionato l’atto di accertamento medesimo”.

<sup>46</sup> G. M. UDA, *Presunzione di paternità e prove della filiazione legittima*, op. cit., p. 78 ss.

1° del medesimo articolo, e di conseguenza lo stato di legittimo del figlio nato decorsi trecento giorni dalla pronuncia di separazione giudiziale o dalla omologazione di separazione consensuale o dalla data della comparizione dei coniugi avanti al giudice quando gli stessi sono stati autorizzati a vivere separatamente nelle more del giudizio di separazione, ovvero in tutte quelle ipotesi quando “pur a fronte del vincolo coniugale venga a mancare il rapporto matrimoniale “materiale”<sup>47</sup>.

Se, diversamente, si segue l’interpretazione maggioritaria di dottrina e giurisprudenza e si assume che la presunzione di paternità opera solo con la dichiarazione di nascita del figlio ad opera del padre e della contestuale non volontà della madre di dichiarare il figlio come naturale<sup>48</sup> (e, bisogna aggiungere, della contestuale non dichiarazione della madre di non voler essere nominata<sup>49</sup>), di guisa che per la costituzione dello *status* di figlio legittimo non soccorrono più le presunzioni legali ma c’è bisogno di un “atto di riconoscimento”<sup>50</sup>, il padre diventa legittimo o per effetto della sua dichiarazione di nascita accompagnata dalla previa non volontà della madre di dichiarare il figlio come naturale (e della contestuale mancata dichiarazione della madre di non voler essere nominata), ovvero per effetto della sola dichiarazione di nascita proveniente dalla madre di dichiarare il figlio legittimo<sup>51</sup>.

In tale ipotesi, infatti, il nuovo ordinamento di stato civile consente a ciascuno dei genitori<sup>52</sup>, ovvero ad un procuratore speciale, al medico o l’ostetrica o altra persona che ha assistito al parto di rendere la dichiarazione di nascita all’ufficiale di stato civile, il quale con l’attestazione di nascita (o la dichiarazione sostitutiva di cui si è detto), forma l’atto di nascita del figlio nel quale sono indicati “il luogo, l’anno, il mese, il

---

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>48</sup> Se, infatti, la dichiarazione provenisse dalla madre, si assume per implicito la mancanza della volontà della stessa di dichiarare il figlio come naturale.

<sup>49</sup> L’art. 30, comma 1° del d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396 (già presente nell’art. 70 comma 1 r.d. n. 1238/1939 dell’ordinamento di stato civile abrogato) prevede la facoltà per la madre di non essere nominata al momento del parto, indifferentemente se coniugata o non coniugata; cfr., M. MANTOVANI, *La filiazione legittima*, *op. cit.*, p. 63 ed *ivi* ampi riferimenti di diritto comparato. In relazione alla facoltà della madre di non essere nominata, si rinvia ai successivi paragrafi sull’accertamento della paternità naturale.

<sup>50</sup> A. PALAZZO, *La filiazione*, *cit.*

<sup>51</sup> Cfr., artt. 29 e 30 del d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396, *cit.*

<sup>52</sup> *Ex art.* 30 d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396, il quale, come si vedrà nel prosieguo, a tal proposito non pone distinzione tra genitori coniugati e non coniugati.

giorno e l'ora della nascita, le generalità, la cittadinanza, la residenza dei genitori legittimi,[...] il sesso del bambino e il nome che gli viene dato ai sensi dell'art. 35" (art. 29, comma 2 del d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396).

In tale prospettiva, quindi, lo *status* di padre legittimo si può individuare ed accertare con certezza esclusivamente dopo la nascita, e per essere più precisi, dopo la formazione dell'atto di nascita del figlio.

Prima di tale momento, la titolarità della paternità nel matrimonio non è configurabile neppure attraverso il sistema presuntivo.

Segnatamente, come per la costituzione dello *status* di figlio, anche lo *status* di padre nel matrimonio dipende in ogni caso dalla volontà della madre.

La teoria del titolo dello stato, in altre parole, può valere a fondare lo *status* di padre legittimo sul presupposto della nascita del figlio e della costituzione dello *status* di questo; ma prima di questi momenti, la teoria dell'accertamento dello *status* nella accezione oramai consolidata non consente di accertare lo *status* di padre legittimo.

Prima della nascita, cioè quando il figlio è solo concepito, pur esistendo nell'"ordinamento naturale" un padre biologico, non esiste ancora per l'"ordinamento giuridico" un padre "legittimo".

Mancando la nascita, manca una dichiarazione di nascita, manca un titolo di figlio legittimo, manca il corrispondente *status* di padre<sup>53</sup>.

E se a tale conclusione può agevolmente obiettarsi che i diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita (art. 1, comma 2 c.c.), è altrettanto inconfutabile intravedere già nella fase della gestazione in favore del responsabile autore del concepimento, per di più coniuge, un interesse giuridicamente qualificato alla conoscenza dello stato di salute, del sesso, della necessità di intervenire medicalmente e con quali rischi o risultati sul non ancora nato.

Di questa fase, manca una normativa volta a disciplinare le fattispecie.

La giurisprudenza, come ricordato e come si dirà più avanti, si è già occupata della questione.

---

<sup>53</sup> Se, effettivamente lo *status* è un concetto relazione, cfr. G. ALPA, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, cit., è chiaro che quello di "padre" deve riferirsi per sua stessa definizione al figlio, mentre il concepito, atteso il disposto dell'art. 1 c.c. non è ancora soggetto di diritto,

L'“interesse” di cui si parla non può essere valutato esclusivamente nella prospettiva del “nascituro” e della “gestante”, ma sussiste autonomamente nei riguardi di colui che, assunta la qualità di coniuge, intende realizzarsi anche come padre in ragione del diritto fondamentale di procreare secondo natura.

Il problema del bilanciamento degli interessi, infatti, è cosa diversa e successiva dal previo riconoscimento degli stessi.

Pertanto, deve riconoscersi che se il sistema di costituzione e accertamento della filiazione legittima consente di evincere la qualità di padre dopo la nascita del figlio, nell'ipotesi in cui si configura un interesse all'accertamento della paternità prima della nascita, il sistema dello *status* nell'interpretazione dominante, non è in grado di soddisfare tale pretesa.

Sussistendo, quindi, l'interesse all'accertamento della condizione di padre nel matrimonio prima della nascita del figlio e volendo mantenere il sistema di costituzione dello *status* nell'interpretazione dominante, è indispensabile rivedere l'equazione che fa dipendere l'accertamento della paternità legittima dalla previa costituzione dello *status* del figlio.

Segnatamente, è opportuno precisare il limite di tale correzione.

Rimane fermo il principio secondo il quale dalla costituzione dello *status* di figlio legittimo deriva il corrispondente *status* di padre; tuttavia, è opportuno considerare meritevoli di tutela anche quelle ipotesi in cui si realizza un interesse all'accertamento della condizione di padre, a prescindere dall'accertamento formale del suo *status*, ed al fine di investire la persona di una legittimazione sostanziale e processuale autonoma in relazione a scelte che lo coinvolgono come autore dell'atto procreativo.

E' indispensabile, pertanto, *de iure condendo*, ipotizzare la possibilità dell'accertamento della condizione di padre nel matrimonio prima della nascita del figlio, introducendo, per esempio la facoltà di anticipare la dichiarazione di nascita nella fase gestazionale chiamandola *ex latere patris* “dichiarazione di concepimento”.

---

e quindi possibile termine di relazione del padre. Tuttavia, deve riconoscersi, altresì, come la qualità di fatto di padre abbisogni di una “giuridificazione” anche in relazione all'intera collettività cui appartiene.

Del resto, il Legislatore se pure con differenti presupposti, limiti ed effetti<sup>54</sup>, ha già pensato alla tutela dei genitori del nascituro concepito - in ipotesi di filiazione naturale - prevedendo la facoltà del riconoscimento prenatale (art. 254 c.c.), estensibile secondo un'autorevole dottrina avvallata dalla giurisprudenza anche nella parallela fattispecie della dichiarazione giudiziale della paternità o maternità naturale<sup>55</sup>.

Diversamente, si potrebbe, altresì, porre in discussione il sistema di costituzione dello *status* come risulta applicato dal diritto vivente che consentirebbe di attribuire rilevanza alla paternità solo a seguito della nascita del figlio attraverso il sistema di operatività delle presunzioni legali superato dal valore decisivo della dichiarazione di nascita secondo l'ordinamento di stato civile<sup>56</sup>.

Del resto, nell'ipotesi di coppia coniugata, questo *modus operandi* non riesce a spiegare perché sull'operatività delle presunzioni legali debba prevalere l'efficacia preclusiva della dichiarazione di nascita al fine dell'accertamento della filiazione legittima.

Segnatamente, infatti, è da rilevare che mentre la presunzione di paternità del marito e di concepimento in matrimonio fondano il convincimento dell'interprete quanto all'attribuzione della paternità del marito sull'esistenza di un matrimonio, quale atto attributivo di uno *status* e quale rapporto costitutivo di precisi diritti e doveri reciproci tra i coniugi, la dichiarazione di nascita nella filiazione legittima per conseguire l'effetto di accertamento di tale *status* deve *-in primis-* provenire dalla persona "qualificata" a renderla e cioè dal marito della madre, ed è in ogni caso vinta dalla mera volontà della madre di voler dichiarare il figlio come naturale (se non anche dalla contestuale dichiarazione dell'asserito padre biologico di volerlo riconoscere come figlio naturale) o, in ogni caso, dalla dichiarazione della madre di non voler essere nominata nell'atto di nascita.

Ed ancora.

---

<sup>54</sup> Sui limiti di operatività di tale istituto si veda *infra, sub* paragrafo 5.1, anche se è opportuno precisare subito che differenti sono gli effetti rispettivamente della "dichiarazione di nascita" nella filiazione legittima e del "riconoscimento prenatale" nella filiazione naturale; tuttavia, tale ultima modalità di riconoscimento, potrebbe fornire uno spunto per introdurre nell'accertamento della paternità nel matrimonio, una dichiarazione di concepimento che valga a legittimare il padre-marito nelle scelte da prendere durante la gestazione riguardo al concepito.

<sup>55</sup> C.M. BIANCA, *La famiglia e le successioni*, 2, Giuffrè, Milano, 2001.

E' innegabile come il sistema dello *status* crei una disuguaglianza sostanziale tra la posizione della madre e quella del padre nella costituzione dello *status* del figlio oltre che nell'esercizio delle prerogative proprie della fase gestazionale e del momento del parto.

Per quanto concerne il primo aspetto, si rimanda alle considerazioni svolte nel primo capitolo di questa ricerca<sup>57</sup>.

Per l'altro profilo, è doveroso evidenziare come il sistema di costituzione dello *status* subordinando la qualità giuridica di padre al previo accertamento dello *status* di legittimo del figlio, e quindi alla nascita del figlio, non consente formalmente di configurare una posizione giuridicamente certa di padre legittimo durante la fase di gestazione e nel parto.

Diversamente, l'“apparente evidenza della maternità”<sup>58</sup> consente alla donna che non ha ancora partorito, il cui presupposto non si è ancora verificato secondo la nozione legislativa (art. 269, comma 3° c.c.)<sup>59</sup> anche a prescindere dal formale accertamento dello *status*, di essere titolare di fondamentali situazioni giuridiche soggettive già durante la gestazione<sup>60</sup>.

La madre, in altre parole, anche se formalmente non è investita di tale *status*, già prima della nascita del figlio e della costituzione del titolo dello stato in capo al figlio, è sostanzialmente investita di tale qualità.

---

<sup>56</sup> A. PALAZZO, *La filiazione*, cit.

<sup>57</sup> Vedi, altresì, *infra*, paragrafo 5 di questo capitolo.

<sup>58</sup> E. FERRARA, *Volontà, libertà, biologia nella costruzione giuridica della maternità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, p. 669 ss.

<sup>59</sup> Si sostiene sulla base dell'art. 269, comma 3° c.c. secondo il quale “la maternità è dimostrata provando l'identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre” che il criterio legale di identificazione della madre sia dato dal parto. Nella gestante, invece, potrebbe sostenersi che la qualità di “madre” prescinde non solo dalla costituzione del suo *status*, ma, altresì, dal presupposto del parto; A. TRABUCCHI, *La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 597 ss.; M. GIORGIANNI, voce “Madre”, in *Enc. del dir.*, XXV, Giuffrè, Milano, 1975, p. 135 ss.; A. GORASSINI, voce “Procreazione, (dir. civ.)”, in *Enc. del dir.*, XXXVI, Giuffrè, Milano, 1987, p. 944.

<sup>60</sup> Rileva, tuttavia, P. ZATTI, *Profili sommersi della paternità*, Intervento tenuto alla Sala del Consiglio notarile di Padova, 16 maggio 2007 a cura della Scuola di Notariato del Comitato Triveneto come nella Legge 22 maggio 1978, n. 194 (*Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*) la gestante non venga indicata come “madre”, ma come donna (art. 5), diversamente

In conclusione, sembra evidente che per superare tali e tante difficoltà o si rimane ancorati al sistema dello *status*, ammettendo, tuttavia, che l'evoluzione scientifica, tecnologica, medica comporta la necessità di tutelare nuovi interessi emergenti di guisa da dover ritenere giuridicamente rilevante anche la paternità legittima prenatale accertabile non attraverso lo strumento tradizionale dello *status*, ma altrimenti; oppure, si riconosce che può configurarsi una condizione, una situazione, una qualità di padre giuridicamente rilevante che precede la costituzione dello *status* o, addirittura, ne prescinde.

Per quanto si riconosca il valore della categoria tradizionale dello *status* al fine dell'accertamento della paternità nel matrimonio, quale "strumento tecnico, tra i più collaudati, capace di tradurre in una condizione rilevante per il diritto, e rilevante in maniera non precaria né discontinua, una situazione che nell'ambiente sociale e secondo l'apprezzamento comune distingue un soggetto dagli altri soggetti per ragioni strettamente individuali o in ragione dell'appartenenza al gruppo"<sup>61</sup>, pare altrettanto evidente che tale concetto non sia più in grado di tradurre in termini giuridici le molteplici sfaccettature in cui si articola la condizione dell'uomo.

### **3. La "condizione" di padre legittimo sul nascituro.**

E' noto come il sistema degli *status*, per quanto l'espressione sia ritenuta oggi obsoleta<sup>62</sup> ed in via di superamento<sup>63</sup>, attraversi trasversalmente la disciplina positiva sulla filiazione legittima, naturale, "assistita", adottiva<sup>64</sup>.

---

per l'uomo, il quale è indicato come "padre del concepito" ovvero "persona indicata (dalla donna) come padre del concepito" (art. 5).

<sup>61</sup> P. RESCIGNO, voce "Status, 1. Teoria generale", *op. cit.*, p. 2; ID., *Situazioni e "status" nell'esperienza del diritto*, *op. cit.*, p. 211-212.

<sup>62</sup> In questo senso, cfr., G. ALPA, *Status e capacità giuridica*, *op. cit.*

<sup>63</sup> D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, pp. 137-154.

<sup>64</sup> G. BONILINI, *Lo status o gli status di filiazione?*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 681 ss., il quale ricorda quella nota dottrina che propende per la "tendenziale unitarietà dello *status filiationis*", riferendosi a M. SESTA, *Diritto di famiglia*, Cedam, Padova, 2005, 2 ed., p. 432; cfr., altresì, il commento di M. DOSSETTI, *La disciplina unitaria dello status di figlio: un adempimento che non può essere rinviato*, nota a Corte Cost., 21 ottobre 2005, n. 394, in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 416 ss.



Si è detto, altresì, come nell'ipotesi di filiazione legittima il meccanismo di attribuzione dello *status*, storicamente fondato sulle presunzioni, sia stato incisivamente modificato da dottrina e giurisprudenza le quali hanno introdotto la necessità di integrare il risultato presuntivo col titolo dello stato nella prospettiva di dare attuazione al principio del *favor veritatis*.

Nella medesima direzione, l'aderenza al principio di corrispondenza tra verità materiale e verità giuridica dovrebbe consentire di anticipare l'accertamento della condizione di padre legittimo nella fase precedente la nascita del figlio, cioè durante la gestazione e il parto.

Se, infatti, la preferenza accordata alla verità biologica della generazione ha comportato un ridimensionamento del *favor legitimitatis*, consentendo di addivenire ad un risultato interpretativo capace di modificare il meccanismo costitutivo dello *status*, la valorizzazione del medesimo interesse potrebbe consentire di accertare la verità biologica della paternità laddove quest'ultima rilevi giuridicamente, a prescindere dalla formale costituzione del titolo dello stato del figlio, dall'accertamento del suo *status* e dal consequenziale riscontro dello *status* in capo al padre.

Come si dirà tra breve, la giurisprudenza ha evidenziato l'emergere di tale interesse già prima della nascita del figlio in una prospettiva nuova e differente rispetto a quella delineata dal codice civile<sup>65</sup>.

E' noto, infatti, come il Legislatore si sia già occupato di tutelare anticipatamente gli interessi del nato accordando rilevanza sul terreno patrimoniale alla situazione giuridica del nascituro<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> Colpiscono, le parole espresse dal Pubblico ministero nel reclamo avverso la decisione del Tribunale di Trieste, decr. 26 novembre 1997, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 110 ss., con nota di commento di P. ZATTI, *Diritti del non-nato e immedesimazione del feto nella madre: quali ostacoli per un affidamento del nascituro*, il quale si è chiesto "come si può pensare che la tutela del diritto alla vita del nascituro, che può, nel caso di specie, trovare protezione solo attraverso la predisposizione di condizioni favorevoli ad un parto assistito, igienico e sereno, debba essere disconosciuto se lo stesso legislatore ha ritenuto di garantire addirittura le aspettative patrimoniali?".

<sup>66</sup> G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 500. L'a., dopo aver analizzato le disposizioni normative che accordano rilevanza sul terreno patrimoniale al nascituro, rilevanza che si traduce in una "tutela anticipata di interessi del nato" giunge a due conclusioni degne di nota; la prima concerne la considerazione per la quale, diversamente che sul "terreno patrimoniale", "sul terreno dell'integrità, della crescita, della nascita, cioè della salute del concepito e della sua naturale evoluzione verso la vita perfetta, ben possono configurarsi bisogni e interessi (non parlo di diritti) attuali di quella

L'ordinamento prevede la facoltà di disporre per testamento e donazione a favore di nascituri, concepiti o non concepiti, propri o altrui, in previsione del fatto della futura nascita o della futura procreazione.

Per un altro versante, è doveroso rilevare come siano attualmente frequenti ed in continuo aumento, le disposizioni legislative nazionali, sovra nazionali e internazionali volte a tutelare l'origine della vita umana<sup>67</sup>.

Per quanto concerne il nostro ordinamento, è stato efficacemente detto come la tutela della vita umana costituisca uno dei principi fondanti il sistema giuridico e la legge n. 194/1978 contiene l'espressione concreta di tale tutela prevedendo nell'art. 1 che lo Stato "tutela la vita umana dal suo inizio", di guisa da riconoscere implicitamente la natura di essere umano anche al feto<sup>68</sup>.

Più di recente, la legge n. 40/2004 si preoccupa di scandire i presupposti e i requisiti di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita con l'obiettivo di tutelare i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito (art. 1)<sup>69</sup>.

Non sono di poco momento le altre disposizioni del codice civile che si affiancano a quelle testé citate per completare la tutela dell'interesse patrimoniale del concepito o, addirittura del *concepturus*, tra le quali primeggia l'art. 1, comma 2° c.c.<sup>70</sup>.

---

entità vivente che è il feto a prescindere dalla sua qualificazione come persona". Secondariamente, l'a. rileva come "riferita la tutela al bisogno e all'interesse del nascituro, i doveri anzidetti vanno affermati anche nella famiglia di fatto e sono ipotizzabili anche in mancanza di una famiglia comunque intesa".

<sup>67</sup> Per un'ampia rassegna si veda, A. PALAZZO, *La filiazione*, op. cit., p. 87 ss.

<sup>68</sup> A. PALAZZO, *La filiazione*, op. cit., p. 96; di contrario avviso sull'interpretazione di questo alinea si pone, A. TRABUCCHI, *La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità*, op. cit., il quale sottolinea come tale affermazione abbia più il significato di un limite, come diritto a non procreare, piuttosto che "un riconoscimento positivo di fondo"; G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 101, ricorda come "questa affermazione (della quale la Corte Costituzionale n. 35/1997 ha riconosciuto il valore normativo "costituzionalmente vincolato" e quindi in suscettibile di abrogazione referendaria) è ben più netta di quelle, di diritto interno o internazionale che non possono essere qui riprese, le quali si riferiscono di volta in volta alla tutela della salute, o alla tutela dell'uomo, del soggetto, della persona, del cittadino o anche del fanciullo; riferimenti che si sono prestati infatti a discussioni nella loro riferibilità (anche) al concepito".

<sup>69</sup> Di cui ampiamente *infra*, Capitolo III, paragrafo 3.

<sup>70</sup> G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, op. cit., p. 500 ss. Si richiamano, per agilità del lettore, quelle disposizioni del codice civile ove si dà rilevanza giuridica al nascituro ed anche al non concepito.

Art. 784 c.c. - *Donazione a nascituri*.

"La donazione può essere fatta anche a favore di chi è soltanto concepito, ovvero a favore dei figli di una determinata persona vivente al tempo della donazione, benché non ancora concepito.

Di particolare interesse in relazione al discorso che ci occupa è la disposizione che prevede la facoltà del donante di effettuare donazioni a favore dei nascituri, benché non concepiti, purché figli di una determinata persona vivente al tempo della donazione (art. 784 c.c.)<sup>71</sup>.

La natura contrattuale del negozio di donazione (art. 769 c.c.) impone che per la conclusione della stessa si verifichi l'incontro delle volontà provenienti dai due centri di interesse rappresentati dal donante e dal donatario.

---

L'accettazione della donazione a favore di nascituri, benché non concepiti, è regolata dalle disposizioni degli articoli 320 e 321.

Salvo diversa disposizione del donante, l'amministrazione dei beni donati spetta al donante o ai suoi eredi, i quali possono essere obbligati a prestare idonea garanzia. I frutti maturati prima della nascita sono riservati al donatario se la donazione è fatta a favore di un nascituro già concepito. Se è fatta a favore di un non concepito, i frutti sono riservati al donante sino al momento della nascita del donatario".

Art. 462, comma 1° c.c. - *Capacità delle persone fisiche.*

"Sono capaci di succedere tutti coloro che sono nati o concepiti al tempo dell'apertura della successione".

Art. 643 c.c. *Amministrazione in caso di eredi nascituri.*

"Le disposizioni dei due precedenti articoli si applicano anche nel caso in cui sia chiamato a succedere un non concepito, figlio di una determinata persona vivente. A questa spetta la rappresentanza del nascituro per la tutela dei suoi diritti successori, anche quando l'amministratore dell'eredità è una persona diversa. Se è chiamato un concepito, l'amministrazione spetta al padre e, in mancanza di questo, alla madre".

Art. 715 c.c. - *Casi d'impedimento alla divisione.*

"Se tra i chiamati alla successione vi è un concepito, la divisione non può aver luogo prima della nascita del medesimo. Parimenti la divisione non può aver luogo durante la pendenza di un giudizio sulla legittimità o sulla filiazione naturale di colui che, in caso di esito favorevole del giudizio, sarebbe chiamato a succedere, né può aver luogo durante lo svolgimento della procedura amministrativa [...].

L'autorità giudiziaria può tuttavia autorizzare la divisione, fissando le opportune cautele.

La disposizione del comma precedente si applica anche se tra i chiamati alla successione vi sono nascituri non concepiti.

Se i nascituri non concepiti sono istituiti senza determinazione di quote, l'autorità giudiziaria l'autorità giudiziaria può attribuire agli altri coeredi tutti i beni ereditari o parte di essi, secondo le circostanze, disponendo le opportune cautele nell'interesse dei nascituri".

Art. 320 c.c. - *Rappresentanza e amministrazione.*

"I genitori congiuntamente, o quello di essi che esercita in via esclusiva la potestà, rappresentano i figli nati e nascituri in tutti gli atti civili e ne amministrano i beni".

Art. 254, comma 1° c.c. - *Forma del riconoscimento.*

Il riconoscimento del figlio naturale è fatto nell'atto di nascita, oppure con una apposita dichiarazione, posteriore alla nascita o al concepimento, davanti ad un ufficiale dello stato civile o in un atto pubblico o in un testamento, qualunque sia la forma di questo".

<sup>71</sup> S. DELLE MONACHE, nel *Commentario Cian-Trabucchi*, Cedam, Padova, 2007, *sub* art. 784.

La donazione, prescrive il codice civile, si conclude con l'accettazione, e più correttamente nell'ipotesi in cui l'accettazione sia contenuta in un atto separato, dal momento in cui l'atto di accettazione è notificato al donante (art. 782 c.c.).

Invero, nell'ipotesi di donazione al nascituro non concepito, potendo quest'ultimo essere non solo figlio del donante, ma altresì figlio altrui, il problema si pone in questi termini: chi può concludere il negozio manifestando la volontà di accettazione?

La legge, come ricordato, impone un limite; deve esistere una persona determinata di cui il *concepturus* sarà figlio; tale persona andrà necessariamente indicata dal donante nel contratto di donazione.

La persona determinata vivente al momento della donazione dovrà essere la "futura madre" ovvero il "futuro padre" del nascituro, se non entrambi.

Costui o costei potranno, ai sensi del combinato disposto degli artt. 784, 320, 321 c.c., disporre l'accettazione in nome e per conto del nascituro<sup>72</sup>.

La peculiarità della fattispecie lascia irrisolte differenti problematiche. La dottrina si è occupata della possibilità di configurare la rappresentanza legale nella inesistenza della dualità dei soggetti mancando nella specie il rappresentato e, altresì, dell'eventuale natura unilaterale della donazione ai nascituri nonché della possibilità di parlare di potestà rispetto al non concepito<sup>73</sup>.

Il punto centrale è certamente costituito dalla compatibilità della disciplina in esame con la disposizione dell'art. 1, comma 2° del c.c., per il quale "i diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita" di guisa che a maggior ragione lo stesso principio deve ritenersi applicabile nell'ipotesi, logicamente e fattivamente antecedente, del non concepito.

Sulla configurazione dogmatica dell'istituto non ci si sofferma; è certo infatti che, coerentemente con il sistema che subordina l'acquisto della capacità giuridica al momento della nascita, ad oggi non modificato, l'effetto traslativo del diritto donato si

---

<sup>72</sup> Riconduce l'esercizio del potere di accettazione alla figura della rappresentanza legale, S. DELLE MONACHE, *op cit.*, e precedentemente, A. TORRENTE, *La donazione*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, XXII, Giuffré, Milano, 1956, p. 153.

<sup>73</sup> A. TORRENTE, *La donazione*, *op. cit.*, p. 150 ss.; A. PALAZZO, *La filiazione*, *op. cit.*, p. 71, ed ivi riferimenti dottrinari *sub* note (170) e (171).

verifica con la nascita del donatario, non già con la notifica dell'atto di accettazione al donante ad opera della persona determinata.

Le disposizioni normative volte a disciplinare la fattispecie depongono in tale direzione.

Come chiarisce una attenta dottrina, il donante conserva fino al momento della nascita del donatario la proprietà dei beni donati di cui, di regola, ha l'amministrazione (art. 784, comma 3° c.c.)<sup>74</sup>.

Analogamente, nella disciplina dei frutti maturati prima della nascita del non concepito, la norma specifica che essi sono riservati al donante sino al momento della nascita del donatario.

Segnatamente solo con la nascita si determina il trasferimento del diritto del bene donato e dei frutti relativi.

E' noto come la dottrina abbia cercato di giustificare la peculiare operatività della donazione ai nascituri ipotizzando una scissione tra momento di perfezione e momento di efficacia del negozio.

A coloro che ritengono che con l'accettazione, o meglio, con la notifica della stessa da parte della persona determinata si possa parlare di una donazione già perfetta anche se ancora inefficace, si contrappongono quanti sostengono che la fattispecie si perfeziona solo con la nascita del *concepturus*.

Ciò che desta curiosità è la facoltà che l'ordinamento si attribuisce di individuare, qualificandolo, un soggetto determinato come "colui di cui sarà figlio" il nascituro, non concepito.

In questa prospettiva, non rileva la qualità del figlio, non ancora nato o non ancora concepito.

Non rileva neppure lo *status* del donante o del futuro genitore.

Rileva, invero, solo il fatto della futura procreazione seguita dalla nascita da cui deriva la qualità di figlio in capo al nascituro e, anticipatamente da tutti questi eventi, il "*munus*" di cui è investito un qualsiasi soggetto, purché identificato, che si comporta da genitore esercitando le funzioni che presuppongono la titolarità della potestà parentale.

---

<sup>74</sup> S. DELLE MONACHE, *op. cit.*, p. 757.

Nella prospettiva della qualificazione della fattispecie e non in quella del perfezionamento della stessa<sup>75</sup>, una “qualità” di genitore, padre o madre, è già insita nell’ordinamento prima della nascita del figlio ed ancor prima del suo concepimento.

Si tratta all’evidenza di una “qualità” presa a prestito dal linguaggio corrente ma che acquista valore e rilevanza giuridica al punto da legittimare “quel soggetto determinato” ad accettare la donazione in nome e per conto del nascituro.

Del resto, a prescindere dal momento in cui si perfeziona la fattispecie, può condividersi il pensiero di quanti ravvisano, in pendenza del concepimento e della nascita del donatario, la produzione di alcuni effetti giuridici anticipati<sup>76</sup>.

L’accettazione della persona determinata di cui il *concepturus* sarà figlio determina - se il figlio viene ad esistenza - l’irrevocabilità della donazione e la non necessità per il donatario di rinnovare l’accettazione medesima.

Segnatamente, può desumersi l’idea, quantomeno in linea teorica, che sussista una qualità in senso atecnico di padre e/o di madre legata al fatto - anche futuro della procreazione - che ha una autonoma rilevanza giuridica e prescinde dalla previa costituzione di uno *status filiationis*<sup>77</sup>.

Se, dunque, la prospettiva seguita dal codice civile e diretta a tutelare gli interessi patrimoniali del nascituro, suggerisce l’esistenza di una “condizione” di genitore che precede l’accertamento formale del suo *status*, ed addirittura è giuridicamente rilevante per il solo fatto del futuro concepimento, l’evoluzione della scienza medica consente oggi di configurare nuovi “bisogni e interessi” riferibili al concepito, diversi da quelli patrimoniali, e ricollegabili unitariamente alla nozione della sua salute<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> Il “suggerimento” metodologico viene da A. TORRENTE, *La donazione, op. cit.*, p. 152 ss.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 154 ss.

<sup>77</sup> Del resto, analogamente accade nell’ipotesi di istituzione di erede nel caso in cui sia chiamato a succedere un non concepito, figlio di una determinata persona vivente. A costui, infatti, recita la norma (art. 643 c.c.) spetta la rappresentanza del nascituro per la tutela dei suoi diritti successori. Se poi è chiamato un concepito, la legge prescrive che l’amministrazione spetti al padre e, in mancanza di questo, alla madre (art. 643, comma 3° c.c.). In tale ipotesi, è la legge stessa che investe il genitore di una condizione, di padre con preferenza o di madre, in subordine, del concepito senza alcuna altra distinzione relativa, per esempio, allo stato coniugale di questi.

<sup>78</sup> P. ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto, op. cit.*, p. 149 ss., il quale rileva come ai sensi dell’art. 7, comma 3° della legge n. 194/1978 il feto sia titolare di un diritto a nascere, derivante dal

Invero, in tale ultima ipotesi, si è rilevato come si tratti di “bisogni e interessi” *attuali* del soggetto cui si riferiscono, presenti ed esistenti nel momento stesso in cui si configurano che richiedono una tutela immediata e diretta a prescindere dalla qualificazione del concepito come persona<sup>79</sup>.

Diversamente, invece, nel caso di interessi patrimoniali del concepito, si è detto come questi non siano attuali, ma futuri ed eventuali, perché in ogni caso dipendenti dal limite frapposto dall’art. 1, comma 2° c.c., cioè subordinati all’evento della nascita<sup>80</sup>.

Senza voler addentrarsi nel delicato tema della posizione riconosciuta o riconoscibile al concepito<sup>81</sup>, non pare sostenibile che la natura degli interessi riferibili al

---

dovere di soccorso del feto in condizioni di vitalità, ed ancora come il nascituro sia qualificato come paziente nell’ambito della diagnosi e della terapia prenatali; ID., *Diritti del non-nato e immedesimazione del feto nella madre: quali ostacoli per un affidamento del nascituro*, cit. ricorda come anche la Cass., Sez. I, 22 novembre 1993, n. 11503, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 690 ss. abbia accolto il principio per cui “lo stesso diritto alla salute, che trova fondamento nell’art. 32 della Costituzione - per il quale la tutela della salute è garantita “come fondamentale diritto dell’individuo” (oltre che “interesse della collettività”) - non è limitato alle attività che si esplicano dopo la nascita od a questa condizionato, ma deve ritenersi esteso anche al dovere di assicurare le condizioni favorevoli nel periodo che la precede, volte a garantire l’integrità del nascituro”.

<sup>79</sup> G. OPPO, *L’inizio della vita umana, op. cit.*; ID., *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 102, per il quale “il problema non è di capacità giuridica ma di esistenza e consistenza del principio di vita nel quale è già tutto l’uomo futuro: del resto la stessa norma riconosce diritti a favore del concepito e la subordinazione alla nascita non esclude, come non esclude la condizione che si sia in presenza di una realtà giuridica attuale e tutelabile”; in giurisprudenza, Corte Cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in *Foro it.*, 1975, I, 515, nella quale si afferma che anche la situazione giuridica del concepito è destinataria dell’art. 2 Cost.; in particolare la Corte rileva come non possa esistere equivalenza “fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell’embrione che persona deve ancora diventare”.

<sup>80</sup> G. OPPO, *L’inizio della vita umana, op. cit.*, p. 502, dove l’a. rileva come malgrado l’espressione “capacità” di succedere del concepito, sembra piuttosto che si sia in presenza di una forma di tutela “anticipata” del futuro interesse del nato la quale non contraddice quella scelta fondamentale dettata dall’art. 1 c.c.

<sup>81</sup> *Ex multis*, F. D. BUSNELLI, *L’inizio della vita umana, op. cit.*, p. 533 ss.; P. ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto, op. cit.*, p. 149 ss.; ID., *Diritti del non-nato e immedesimazione del feto nella madre: quali ostacoli per un affidamento del nascituro, op. cit.*, p. 112 ss., in cui l’a. configura il concepito come “un centro di interessi giuridicamente tutelato” al di là del “dogma” della capacità racchiuso nell’art. 1 c.c.; G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro, op. cit.*, p. 111 ss. il quale rileva come in relazione alla tutela accordabile al concepito non debba sopravvalutarsi la disposizione dell’art. 1 atteso che “il problema non è di capacità giuridica ma di esistenza e consistenza del principio di vita nel quale è già tutto l’uomo futuro. Del resto - prosegue l’a. - la stessa norma riconosce diritti a favore del concepito e la subordinazione alla nascita non esclude, come non esclude la condizione, che si

nascituro, patrimoniali o personali, possa determinare una differente rilevanza giuridica della sua condizione.

Potrebbe sembrare riduttivo e poco rigoroso sotto un profilo strettamente giuridico, giungere ad una distinzione sulla rilevanza giuridica basata sulla natura degli interessi protetti<sup>82</sup>.

Né si può dubitare che agli effetti pratici, entrambi gli interessi trovino - o debbano trovare - adeguate misure di protezione nell'ordinamento senza che sia consentito risolvere preliminarmente il quesito se il concepito sia o non sia persona<sup>83</sup>.

Piuttosto, in linea teorica, può ipotizzarsi una diversa soluzione; è plausibile sostenere che ciò che viene definita come "attualità" degli interessi del concepito concernenti la sua sfera personale (salute, crescita etc.), si traduca in una attuale, sostanziale e corrispondente investitura della condizione di madre o padre prima della nascita.

In altre parole, l'attualità dell'interesse riferibile al concepito può essere letto come proiezione dell'interesse attuale del genitore a conoscere lo stato di salute, la crescita, il sesso, in generale a partecipare all'evoluzione verso la vita del concepito.

E non vi è dubbio che a tale "interesse" riferibile al genitore, quale persona o meglio soggetto di diritto, corrisponda una posizione giuridica di diritto soggettivo riconosciuta e tutelata dall'ordinamento.

---

sia in presenza di una realtà giuridica attuale e tutelabile"; F. GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, II, p. 168 ss.

<sup>82</sup> La stessa giurisprudenza di legittimità sembra condividere tale considerazione allorché nega la giuridica esistenza di un diritto di non nascere in capo al nascituro strettamente correlato all'esistenza di anomalie o malformazioni dello stesso, le quali, rilevano esclusivamente nella misura in cui possono cagionare un danno alla salute della gestante e non già in sé e per sé considerate, cioè, con riferimento al nascituro; tuttavia, la stessa decisione ammette la sussistenza di un diritto a nascere del nascituro tutelato anche penalmente e quindi riconosce in capo al concepito un interesse giuridicamente rilevante pur non riconoscendolo soggetto di diritto, cfr., Cass., Sez. III, 14 luglio 2006, n. 16123, in *Dir. e giust.*, 2006, 33, p. 17 ss.

<sup>83</sup> P. ZATTI, *Diritti del non-nato e immedesimazione del feto nella madre: quali ostacoli per un affidamento del nascituro*, *op. cit.*, p. 115 per il quale "la norma che afferma: "la capacità giuridica di acquista con la nascita" [...] non ha - ed oggi, a differenza che nel passato, ciò è di evidente chiarezza - il senso di escludere la protezione di interessi primari del non nato, anche attraverso lo strumento, proprio dell'uomo, della iscrizione di diritti" di guisa che l'a. conclude come "nel terreno non patrimoniale la nascita è condizione per il "riconoscimento" generale ed egualitario della totalità dei diritti spettanti al soggetto, ma non implica una esclusione "a contrario" del non nato da tutti e da ciascuno di quei diritti".



A questo punto, tuttavia, è opportuno operare un distinguo.

Se in relazione alla posizione della madre è agevole condividere il pensiero secondo il quale “la condizione di gravidanza crea doveri verso la donna quale futura madre e a tutela della attualità della sua funzione generatrice. Li crea nella famiglia, nella società, nello Stato, nei terzi [...]”<sup>84</sup>; diversamente, per quanto concerne la situazione giuridica del padre, la medesima dottrina non ha mancato di rilevare come “il padre ha doveri verso la madre e verso il nascituro ma non ha potere di tutelare la vita di questo e nemmeno diritto di interloquire nella decisione di sopprimerla. Non ha potere in nome di alcuno dei principi pure altra volta affermati dal legislatore: né in nome della tutela della vita, né in nome della parità nelle decisioni che interessano la famiglia (e quale la interessa di più?), né in nome di un già avvenuto riconoscimento, né in nome della corresponsabilità nel concepimento, né in nome di quel diritto alla procreazione “cosciente e responsabile” che la stessa legge dichiara di “garantire”<sup>85</sup>.

### **3.1. La legittimazione ad agire del padre nei casi di richieste risarcitorie per nascita indesiderata.**

Per quanto la posizione del padre, già nel matrimonio, sia giuridicamente destinata in linea teorica a restare nell’ombra del processo procreativo, l’esame delle soluzioni della giurisprudenza che ha riconosciuto la legittimazione ad agire anche in capo al padre nelle fattispecie di richieste risarcitorie avanzate da “genitori” di bambini “non voluti”, induce a rivedere alcune consolidate posizioni.

In primo luogo, è opportuno precisare la portata dall’analisi giurisprudenziale che si è condotta al fine di inquadrare correttamente i termini del problema.

Esiste, infatti, nella giurisprudenza di merito<sup>86</sup> e legittimità<sup>87</sup> un copioso panorama di decisioni che vengono tradizionalmente ricondotte nella categoria unitaria della responsabilità per c.d. nascita indesiderata.

---

<sup>84</sup> G. OPPO, *L’inizio della vita umana*, op. cit., p. 518 ss.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 518.

<sup>86</sup> Per quanto concerne le decisioni delle Corti d’appello: Corte di Appello di Perugia, 24 maggio 2000, in *Famiglia*, 2001, II, pp. 812-814, con nota di E. BELLISARIO, *Nascita indesiderata e vita non voluta*:

Si tratta di fattispecie ove mentre il *petitum* prospettato dagli attori si traduce generalmente nella richiesta di un risarcimento del danno, la *causa petendi*, titolo di tale pretesa, si diversifica in relazione alla fattispecie concreta.

Accanto ad ipotesi di nascita non voluta a seguito dell'insuccesso di un intervento abortivo o come conseguenza del fallimento di un intervento di sterilizzazione<sup>88</sup>, si pongono nascite di bambini affetti da malformazioni genetiche non

---

*esperienze europee a confronto*; Corte d'Appello di Cagliari, 12 novembre 1998, in *Danno e resp.*, 1999, p. 1031 con nota di R. DE MATTEIS, *Il danno risarcibile per nascita indesiderata*; Corte di Appello di Bologna, 19 dicembre 1991, in *Dir. fam. pers.*, 1993, I, p. 1081, con nota di L. CEI, *La tutela della salute ed il padre del concepito*; Corte di Appello di Venezia, 23 luglio 1990, in *Riv. it. med. leg.*, 1991, p. 1320 con nota di M. ZANCHETTI, *Il "danno giusto" conseguente alla mancata interruzione di una gravidanza per colpa dei sanitari*. Tra le decisioni dei Tribunali si segnalano: Trib. Monza, 26 gennaio 2006, in *Foro it.*, 2006, I, 4, 1202, con nota di G. CASABURI; Trib. Palermo, 3 marzo 2003, in *Gius.*, 2003, 16-17, p. 1911; Trib. Venezia, 10 settembre 2002, in *Foro it.*, I, 2002, 3480; Trib. Locri, 6 ottobre 2000, in *Corr. giur.*, 2001, p. 786; in *Famiglia*, 2001, II, pp. 815-824 con nota di E. BELLISARIO, *Nascita indesiderata e vita non voluta: esperienze europee a confronto*; Trib. Milano, 20 ottobre 1997, in *Danno e resp.*, 1999, p. 82 con nota di M. BONA; Trib. Bergamo, 2 novembre 1995, in *Danno e resp.*, 1996, p. 249; Trib. Cagliari, 23 febbraio 1995 in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 1107 con commento di S. ORRÙ; Trib. Verona, 15 ottobre 1990, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, p. 357 con nota di R. PUCELLA, *Responsabilità medica per lesione del diritto a nascere sani*; Trib. Padova, 9 agosto 1985, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, p. 115, con nota di P. ZATTI; in *Foro it.*, 1986, I, 1995, con nota di V. ZENO ZENCOVICH, *Responsabilità e risarcimento per mancata interruzione della gravidanza*.

<sup>87</sup> Cass., Sez. III, 14 luglio 2006, n. 16123, in *Dir. e giust.*, 2006, 33, p. 14 ss con nota di M. FUSCO, *No al diritto a "non nascere se non sani". Ma gli ermellini invocano nuove norme*; Cass., Sez. III, 20 ottobre 2005, n. 20320 (in senso sostanzialmente conforme Cass., Sez. III, 31 maggio 2003, n. 8827 e Cass., Sez. III, 11 gennaio 1988, n. 23), in *Giur. it.*, 2007, 3, p. 628 con nota di RESTIGNOLI; Cass., Sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, in *Foro it.*, I, 3327; in *Guida al dir.*, 2004, 32, p. 48 ss. con nota di E. SACCHETTINI, *Auspicabile una rivisitazione della normativa sullo status giuridico dei soggetti nati*; in *Dir. e giust.*, 2004, 33, con nota di M. ROSSETTI *Danno da nascita indesiderata: la Suprema Corte mette i paletti*; Cass., Sez. III, 21 giugno 2004, n. 11488 in *Foro it.*, I, 3328; Cass., Sez. III, 31 maggio 2003, n. 8827 in *Foro it.*, I, 2273; Cass., Sez. III, 10 maggio 2002, n. 6735 in *Foro it.*, 2002, I, 3115, con note di A. CALMIERI e R. SIMONE; in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 1, 134 con nota di M. GORGONI *Il contratto tra la gestante e il ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre*; in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1490 ss.; Cass., Sez. III, 24 marzo 1999, n. 2793 in *Foro it.*, I, 1804; in *Danno e resp.*, 1999, p. 766 con nota di M. GORGONI; Cass., Sez. III, 1° dicembre 1998, n. 12195, in *Foro it.*, 1999, I, 77 con nota di A. CALMIERI; in *Danno e resp.*, 1999, p. 522 con nota di E. FILOGRANA; Cass., Sez. III, 8 luglio 1994, n. 6464 in *Giur. it.*, I, 1995, 790 con nota di A. FASCELLA, *La risarcibilità del danno conseguente all'insuccesso dell'intervento di interruzione della gravidanza*; e nota di M. VENTURELLO, *L'esperienza francese, tedesca e di common law*; in *Corr. giur.*, 1995, p. 91 con nota di A. BATÀ, *Responsabilità del medico, omissione di informazioni e danno risarcibile per mancata interruzione di gravidanza*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 1107 con commento di S. ORRÙ.

<sup>88</sup> Trib. Milano, 20 ottobre 1997, cit. a tenore della quale "nell'ipotesi di sterilizzazione maschile non riuscita per colpa del medico sono risarcibili ai genitori del figlio indesiderato il danno-evento,

diagnostiche in relazione ai quali, i genitori (la madre), se correttamente informati, avrebbero potuto decidere di ricorrere all'interruzione volontaria della gravidanza.

Ciò che *prima facie* accomuna tutte le ipotesi è l'inadempimento del sanitario e/o della struttura ospedaliera di cui quest'ultimo fa parte, sempre parti convenute nei giudizi *de quibus*. Ciò che pesantemente diversifica le prime due fattispecie dalla terza è che nei primi due casi, i genitori pretendono di essere risarciti per la nascita di un bambino in sé e per sé (che è sano), nell'ultima, invece, il danno verrebbe configurato nella lesione del diritto all'autodeterminazione.

Le considerazioni che seguono derivano dall'analisi della giurisprudenza pronunciata in fattispecie di responsabilità per nascita indesiderata relativa all'ultima ipotesi delineata, cioè, derivante dall'inadempimento del sanitario all'obbligazione di informare correttamente la gestante circa le condizioni del nascituro e i rischi della nascita di un bimbo malformato<sup>89</sup>.

---

consistente nella lesione del diritto alla procreazione cosciente e responsabile, e il danno-conseguenza immediatamente collegabile all'evento (compromissione della libertà di autodeterminazione della coppia), da individuarsi solo in quella parte del reddito e di consumi diretti degli attori che la nascita del nuovo figlio verrà irrimediabilmente a compromettere". Il Tribunale ambrosino sulla richiesta risarcitoria (gli attori chiedono danni morali, patrimoniali e alla salute) avanzata da una coppia di coniugi sul presupposto della nascita non voluta del quarto figlio a causa di un fallito intervento di vasectomia del marito, si pronuncia come segue. In *primis*, riconosce la liceità nell'ordinamento giuridico vigente dell'intervento di vasectomia, quindi rigetta come infondate le domande risarcitorie relative alle voci di danno biologico e morale. Esclude la configurabilità di una responsabilità contrattuale sul presupposto che "non sembra in alcun modo possibile assimilare una vita alla perdita subita dal creditore di una prestazione rimasta inadempita (*ex art. 1223 c.c.*)". Segnatamente, il Tribunale milanese riconosce l'esistenza di un diritto assoluto di libertà, nel singolo e nella coppia, all'autodeterminazione di rilevanza costituzionale la cui lesione importa ai sensi dell'art. 2043 c.c. "una diretta responsabilità risarcitoria a carico del responsabile". Oltre a tale danno (qualificato evento) il Collegio individua un danno conseguenza di natura patrimoniale corrispondente a quei "riflessi pregiudizievoli di carattere patrimoniale che si correlano alla lesione primaria in un rapporto di derivazione causale". Tale danno viene liquidato nella misura corrispondente all'impossibilità per i genitori di spendere a proprio esclusivo vantaggio, secondo il modello di vita che si erano prefigurati, parte del proprio reddito. Non quindi in misura corrispondente al costo di mantenimento del figlio (Trib. Cagliari, cit.). Afferma il Tribunale milanese che "il danno-conseguenza immediatamente collegabile all'evento può, dunque, individuarsi a parere del Tribunale, solo in quella parte di reddito e di consumi diretti degli attori che la nascita del nuovo figlio verrà irrimediabilmente a compromettere". Trib. Venezia, 10 settembre 2002, cit., nella quale il risarcimento del danno viene ravvisato nel costo di mantenimento del figlio non voluto.

<sup>89</sup> C. SIANO, *Diagnosi prenatale e responsabilità del medico. L'esperienza italiana e francese*, in *Fam. e dir.*, 2006, p. 99 ss.

E' noto, infatti, come la terza sezione della Suprema Corte<sup>90</sup>, sia recentemente tornata a pronunciarsi sul tema *de quo* riconoscendo la legittimazione ad agire anche al padre del nato con gravi malformazioni genetiche, il quale, in qualità di attore ed in posizione paritetica alla madre-moglie, ha chiesto - ed ottenuto, in primo grado, in appello e in Cassazione - il risarcimento del danno non patrimoniale conseguente allo sfortunato evento in misura equivalente a quello liquidato alla madre (oltre che il risarcimento del danno patrimoniale per spese future necessarie per il piccolo). La Cassazione, nel ribadire la correttezza dell'affermazione espressa da Cass., Sez. III, 1° dicembre 1998, n. 12195<sup>91</sup>, secondo la quale "il danno va considerato causato

---

<sup>90</sup> Cass., Sez. III, 20 ottobre 2005, n. 20320, in *Foro it.*, I, 2006, 2097; in *Fam. e dir.*, 2006, p. 253 con nota di G. FACCI, *Il danno da nascita indesiderata e la legittimazione al risarcimento del padre*. La fattispecie concerne un caso di errore medico ginecologico nell'interpretazione del quadro morfologico ecografico di una gestante recatasi presso l'ospedale per sottoporsi a due accertamenti ecografici alla 21 e 30 settimana di gestazione. Anche il padre agisce in giudizio e chiede il risarcimento del danno patrimoniale e non, atteso che, secondo la narrazione prospettata dalla Cassazione in punto di fatto "l'errore del ginecologo, relativo all'interpretazione del quadro morfologico ecografico, aveva loro precluso il diritto di esercitare l'interruzione volontaria della gravidanza, nell'ipotesi prevista dall'art. 6 lett. b) l. n. 194/1978, con gravissime conseguenze sia psicologiche che patrimoniali. In particolare, gli attori dedussero un danno professionale alle rispettive carriere, un irreparabile pregiudizio alla loro vita di relazione, un aggravio di spese per il mantenimento del figlio, conseguente alla sua condizione peculiare, oltre un fortissimo perturbamento, che precludeva loro di generare altri figli". Il Tribunale di primo grado, con decisione n. 1023/1995, sul presupposto che anche il marito, in quanto padre, abbia subito un deterioramento della propria integrità psico-fisica, riconosce il diritto del padre al risarcimento del danno e liquida a titolo di danno biologico - comprensivo del danno alla vita di relazione, del pregiudizio arrecato alla carriera professionale dei genitori, nonché del danno alla sfera sessuale, una somma pari a quella liquidata alla madre-moglie (oltre ad una somma per spese future necessarie per il piccolo). La Corte d'Appello di Brescia conferma la decisione del Tribunale. La Cassazione conferma la decisione d'appello e rigetta il ricorso proposto dall'ente ospedaliero.

<sup>91</sup> Cass., Sez. III, 1° dicembre 1998, n. 12195 cit. La pronuncia menzionata concerne un caso di errato esame ecografico che ha impedito di rilevare le malformazioni del feto precludendo alla madre la possibilità di scegliere circa la prosecuzione o meno della gravidanza. In tale ipotesi, la Corte esclude che l'interesse tutelato dalla norma, cioè la salute della madre, valga come criterio di selezione dei danni risarcibili, restringendo il campo ai soli danni relativi alla salute fisica e psichica della donna. "In questo danno - afferma testualmente la Corte - rientra non solo il danno alla salute in senso stretto ma anche il danno biologico in tutte le sue forme ed il danno economico, che sia conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento del sanitario, in termini di causalità adeguata". Di rilevante interesse nella decisione in commento è l'argomentazione della Corte per il profilo della legittimazione ad agire del padre del bimbo menomato. Facendo un passo indietro, infatti, è opportuno evidenziare che il Tribunale di prima istanza con decisione del 25 giugno 1993 aveva respinto la domanda proposta dal padre e dal figlio per carenza di legittimazione attiva. La Corte d'appello di Torino, inoltre, sull'appello proposto dai soccombenti in punto - legittimazione - aveva confermato la decisione del Tribunale ritenendo

dall'illecito (ai sensi dell'art. 1223 c.c.) quando, pur non essendo conseguenza diretta ed immediata di questo ultimo, rientra pur sempre nel novero delle conseguenze normali e ordinarie del fatto. Ne consegue che, qualora l'imperizia del medico impedisca alla donna di esercitare il proprio diritto all'aborto, e ciò determini un danno alla salute della madre, è ipotizzabile che da tale danno derivi un danno alla salute anche del marito", e ciò sotto il profilo del danno riflesso dei prossimi congiunti, ritiene superato tale orientamento per effetto dei successivi arresti di Cass., Sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488 e Cass. Sez. III, 10 maggio 2002, n. 6735 di cui richiama i passaggi salienti.

La progressiva affermazione della legittimazione attiva del padre del nascituro nelle vertenze che lo riguardano viene fondata su differenti argomentazioni.

Dapprima, la decisione n. 12195/1998, capovolgendo le conclusioni di Tribunale e Corte d'appello - le quali avevano negato la legittimazione attiva del padre sul presupposto che l'interesse protetto dalla norma sull'interruzione di gravidanza fosse soltanto quello della salute della donna - afferma la legittimazione ad agire del padre per il fatto che il danno alla salute della madre può essere a sua volta causa di danno per il padre del nascituro, non in quanto i coniugi sono contitolari di un reciproco diritto alla salute, ma nel senso che il danno alla salute di un congiunto si riflette sul danno alla salute dell'altro congiunto.

---

l'insussistenza della legittimazione attiva in capo al padre atteso che "l'interesse protetto da quella norma è soltanto quello della salute della donna e che solo in ragione di tale diritto è riconosciuto il diritto all'interruzione della gravidanza, per cui il padre non ha titolo per intervenire in siffatta decisione". Diversamente, la Cassazione pur menzionando un precedente "simile" ma di segno opposto (Cass., Sez. III, 11 febbraio 1998, n. 1421) alla tesi perorata, afferma per l'appunto la legittimazione ad agire del padre alla luce delle seguenti argomentazioni: è corretto affermare che la decisione di ricorrere all'aborto in presenza delle condizioni di cui alla legge del 1978 può essere presa sola dalla donna e che il padre non ha titolo per intervenire in siffatta decisione (cita, altresì, Cass., ord., 31.3.1988, n. 389 ed in parte, Corte cost., 5.5.1994, n. 171), se nonché diversa questione è quella relativa al danno che il padre del nascituro può subire dal danno alla salute riportato dalla moglie, perché altri hanno impedito alla stessa di esercitare il diritto alla interruzione della gravidanza. Il nodo da sciogliere, è se il danno alla salute subito dalla gestante "possa essere a sua volta causa di danno per il padre del nascituro, quale coniuge della gestante", non nel senso che il congiunto sia contitolare del diritto alla salute dell'altro coniuge, ma nella direzione per la quale il danno alla salute di un congiunto si riflette sul danno alla salute di altro congiunto. Utilizzando la categoria del danno riflesso, la Cassazione giunge così ad ammettere la legittimazione del padre quale danneggiato di riflesso del danno alla salute patito dalla madre nella lesione del suo diritto ad interrompere la gravidanza (criterio della regolarità causale).Ciò però, significa che il danno che il marito può lamentare di aver subito sussiste in quanto esiste, ed è provato, il danno in capo alla moglie.

Segnatamente, la decisione n. 6735/2002<sup>92</sup> chiarisce come in tema di responsabilità del medico per omessa diagnosi di malformazioni del feto e conseguente nascita indesiderata, il risarcimento dei danni che costituiscono conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento del ginecologo spetta non solo alla madre, ma anche al padre atteso il complesso di diritti e doveri che, secondo l'ordinamento si incentrano sul fatto della procreazione; invero, secondo la citata decisione non rileva che

---

<sup>92</sup> Cass., Sez. III, 10 maggio 2002 n. 6735, cit., "L'inadempimento del ginecologo, il quale erroneamente non rilevi una malformazione del feto, determina il diritto, non solo della donna, ma anche del marito, al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale, compreso quello derivante dal trauma dovuto alla scoperta della condizione del figlio". Il caso che ha dato origine a questa vicenda giudiziaria concerne l'esperienza di due coniugi cui è nato un figlio con gravi malformazioni (sindrome di Apert); in qualità di attori, i genitori convengono in giudizio il ginecologo, al quale la madre si era rivolta durante la gravidanza per essere assistita, imputandogli di aver omesso di rilevare le malformazioni fetali del nascituro, malformazioni che se fossero state diagnosticate in tempo, avrebbe consentito alla madre di interrompere la gravidanza oltre il novantesimo giorno ricorrendo i presupposti a ciò prescritti dalla legge. Il Supremo Collegio conferma la decisione della Corte di Merito (Appello Perugia, 24 maggio 2000, in *Foro it. Rep.* 2001, voce *Professioni intellettuali*, nn. 129, 130, annotata da E. BELLISARIO, *Nascita indesiderata e vita non voluta: esperienze europee a confronto*, in *Famiglia*, 2001, I, p. 824) la quale aveva riconosciuto la responsabilità del professionista incrementando notevolmente l'entità della somma liquidata rispetto a quanto statuito dal Tribunale di prima istanza (Trib. Perugia, 7 settembre 1998, in *Foro it.*, 1999, I, 1804, con nota di A. CALMIERI). Nella decisione in commento la Corte ripercorre la storia dei casi di nascita indesiderata, premettendo, tuttavia, come quale primo aspetto caratterizzante la fattispecie, la responsabilità del medico colpevole di aver reso una prestazione diversa da quella dovuta, "prestazione consistita nel non aver dato alla gestante l'esatta informazione circa le condizioni del feto e il rischio della nascita di un figlio menomato". Il primo caso di responsabilità per nascita indesiderata analizzato dalla Corte di Cassazione è quello sul quale è intervenuta la decisione di Cassazione, Sez. III, 8 luglio 1994, n. 6464 cit. (ipotesi diversa perché concerne un caso di fallito intervento di interruzione di gravidanza). In tale ipotesi, tuttavia, la Cassazione considera preminente l'interesse della norma, vale a dire la salute della donna, e ritiene di risarcire solo il danno costituito dalla menomazione che la nascita del figlio può procurare alla salute della madre (però la Corte conclude che il risarcimento del danno va rapportato a quella somma necessaria a rimuovere le difficoltà economiche idonee ad incidere negativamente sulla salute della donna ovvero a risarcire quest'ultima dei danni alla salute in concreto subiti). Successivamente la Corte ricorda la decisione 1° dicembre 1998, n. 12195, cit. che concerne una fattispecie simile a quella in esame, ove viene riconosciuto il diritto del padre al risarcimento del danno per lesione del diritto alla propria salute quale pregiudizio "riflesso" indotto dal danno alla salute cagionato alla madre. La terza decisione menzionata dalla Cassazione è la n. 2793 del 1999 sulla quale però il Supremo Collegio non si sofferma. La Cassazione conclude confermando la decisione della Corte d'Appello e riconoscendo ad entrambi i genitori il risarcimento per più tipi di danno. Un primo danno è di natura patrimoniale: danno emergente in relazione alle spese mediche già sopportate e che andranno sopportate in futuro per le necessità di cure costanti del figlio minore totalmente invalido e lucro cessante per lesione dell'attività professionale e della vita di relazione. Un secondo danno attiene agli effetti non patrimoniali della diminuita vita di relazione. Un terzo danno attiene al "trauma subito per essersi i genitori trovati senza alcuna preparazione psicologica di fronte alla realtà di un figlio menomato".

l'ordinamento consenta solo alla madre (e non al padre) la scelta in ordine all'interruzione di gravidanza, atteso che, "sottratta alla madre la possibilità di scegliere a causa dell'inesatta prestazione del medico, agli effetti negativi del comportamento di quest'ultimo non può ritenersi estraneo il padre, che deve perciò ritenersi tra i soggetti "protetti" dal contratto col medico e quindi tra coloro rispetto ai quali la prestazione mancata o inesatta può qualificarsi come inadempimento, con tutte le relative conseguenze sul piano risarcitorio".

Ed ancora, la pronuncia n. 14488/2004<sup>93</sup>, approfondisce ulteriormente la questione, precisando come in *subiecta materia* l'inadempimento esponga il medico a responsabilità per i danni che ne derivano (art. 1218 c.c.), precisando tuttavia, che "non sono danni che derivano dall'inadempimento del medico quelli che il suo adempimento non avrebbe evitato cioè una nascita che la madre non avrebbe potuto scegliere di rifiutare, una nascita che non avrebbe in concreto rifiutato, la presenza nel figlio di menomazioni o malformazioni al cui consolidarsi non avrebbe potuto porsi riparo durante la gravidanza in modo che il figlio nascesse sano".

Ad avviso del Collegio, la possibilità, per la madre, di esercitare il suo diritto ad una procreazione cosciente e responsabile interrompendo la gravidanza assume rilievo nella sede del giudizio sul nesso causale; non l'assume come criterio di selezione dei danni risarcibili, né come criterio di selezione tra tipi di danno, perché, trattandosi di responsabilità contrattuale, ad essere risarcibili sono i danni che costituiscono conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento (art. 1223 c.c.). Tuttavia, in tale decisione, il Collegio, ribadendo l'argomentazione precedente, chiarisce come "il tessuto dei diritti e doveri che secondo l'ordinamento si incentrano sul fatto della procreazione, quali si desumono dalla legge 194 del 1978, dalla Costituzione e dal Codice Civile, quanto ai rapporti tra coniugi ed agli obblighi dei genitori verso i figli (artt. 29 e 30 Cost.; art. 143 e 147, 261 e 279 c.c.) spiega perché anche il padre rientri tra i soggetti protetti dal contratto ed in confronto del quale la prestazione del medico è dovuta"; con la conseguenza che l'inadempimento si presenta tale anche verso il padre ed espone il medico al risarcimento dei danni, immediati e diretti, che pure al padre possono derivare dal suo comportamento.

---

<sup>93</sup> Cass., Sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, cit.

Secondo il Collegio, non è rilevante che l'uomo possa essere coinvolto dalla donna nella decisione circa l'interruzione della gravidanza, ma non sia titolare del diritto di chiederla: ciò attiene al nesso causale.

La madre, infatti, pur informata, può scegliere di non interrompere la gravidanza: l'ordinamento non consente al padre di respingere da sé tale eventualità e nulla potrebbe imputarsi al medico.

Ma sottratta alla donna la possibilità di scegliere, al che è ordinata l'esatta prestazione del medico, gli effetti negativi di questo comportamento si inseriscono in una relazione col medico cui non è estraneo il padre, rispetto alla quale la prestazione inesatta o mancata si qualifica come inadempimento e giustifica il diritto al risarcimento dei danni che ne sono derivati.

Certamente la decisione di interrompere la gravidanza secondo la l. n. 194/1978 può essere presa solo dalla donna, previo esame e riconoscimento delle sue condizioni di salute. Da ciò discende che il padre non ha titolo per intervenire in siffatta decisione e la Corte Costituzionale ha riaffermato la legittimità costituzionale di tale scelta legislativa (ord. 31 marzo 1998, n. 389, ed in parte Corte Cost., 5 maggio 1994, n. 171).

Senonché diversa questione è quella relativa al danno che il padre del nascituro potrebbe subire, perché altri hanno impedito alla stessa di esercitare il diritto di interruzione della gravidanza, che essa (e solo essa) legittimamente poteva esercitare.

Qui non si fa questione di un diritto del padre del nascituro ad interrompere la gravidanza della gestante, che certamente non esiste, ma si discute se la mancata interruzione della gravidanza, determinata dall'inadempimento colpevole del sanitario, possa essere a sua volta causa di danno per il padre del nascituro. La risposta al quesito è, come si è detto, positiva, e, poiché si tratta di contratto di prestazione di opera professionale con effetti protettivi anche nei confronti del padre del concepito, che, per effetto dell'attività professionale dell'ostetrico-ginecologo diventa o non diventa padre (o diventa padre di un bambino anormale) il danno provocato da inadempimento del sanitario, costituisce una conseguenza immediata e diretta anche nei suoi confronti e, come tale è risarcibile a norma dell'art. 1223 c.c.

A prescindere dallo strumento escogitato dalla Corte per coinvolgere tecnicamente l'uomo, - il contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo -, è evidente che la ragione giuridica di questa legittimazione è fondata - nelle parole del



Collegio - sul “tessuto dei diritti e doveri che discendono dal fatto della procreazione”, che investe l’uomo di una qualificazione come “padre”, anticipata rispetto alla nascita del figlio.

In buona sostanza, l’uomo diventa soggetto protetto dal contratto tra il medico e la paziente per il fatto della procreazione.

Una conferma di tale impostazione sembrerebbe discendere dalla successiva pronuncia di Cass., Sez. III, 14 luglio 2006 n. 16123<sup>94</sup>, la quale in una fattispecie analoga a quelle testé citate, ha ritenuto di non estendere la legittimazione attiva alla sorellina minore di una bambina nata con gravi malformazioni perché ritenuta non destinataria del diritto all’informazione di cui sono titolari i genitori.

Se pure deve riconoscersi in questo filone giurisprudenziale una apertura nei confronti della rilevanza giuridica della paternità prenatale ed ancor prima dell’esistenza di una condizione di padre che prescinde dalla formale attribuzione dello *status*, tuttavia è opportuno rilevare un dato costante nelle decisioni esaminate: colui che si qualifica padre del concepito è sempre anche coniuge; ed è ammesso all’azione per il risarcimento del danno nell’accordo con la madre che non si oppone alla sua partecipazione alla vicenda giudiziaria.

Se è vero che la “legittimazione ad agire, come elemento intermedio fra l’astratto potere di azione e il concreto riconoscimento di fondatezza della pretesa, esprime la regola secondo la quale perché possa svolgersi il giudizio sostanziale è necessaria l’affermazione della titolarità dell’interesse riferibile al rapporto dedotto in lite<sup>95</sup>, è certo che il padre si afferma titolare dell’interesse riferibile al rapporto dedotto, o meglio, al fatto della procreazione, perché sembra “ammesso” dalla moglie-madre.

Si è detto come secondo la giurisprudenza consolidata nelle fattispecie del tenore di quelle esaminate si verifichi una ipotesi di responsabilità contrattuale discendente dalla violazione, perpetrata dal sanitario dell’obbligazione di informare esattamente

---

<sup>94</sup> Cass., Sez. III, 14 luglio 2006, n. 16123 cit.; caso in cui la Corte di Cassazione confermando la decisione della Corte d’Appello ha ritenuto né la nascita affetta da malformazioni, né la sorellina minore soggetti danneggiati dall’inadempimento all’obbligazione di informazione del medico / istituto ospedaliero. Tuttavia, nella menzionata fattispecie, la Corte aggiunge: “La Corte si rende conto che la decisione adottata comporta un *vulnus* ai diritti delle due minori, ma ritiene che la soluzione positiva dei casi come quello di specie non possa essere ricercata nella elaborazione giurisprudenziale ove manchi il supporto indispensabile di una normativa che la consenta”.

(contenuto della prestazione) la gestante circa le condizioni di salute del nascituro; obbligazione che ha la sua fonte nel contratto intercorso tra il sanitario (e/o l'ente ospedaliero) e la donna che si rivolge al medico.

A che titolo la donna si rivolge al sanitario per ottenere il risarcimento del danno subito per la violazione di questa obbligazione? Si potrebbe rispondere, in quanto debitrice di una obbligazione derivante dal contratto, ma, altresì, in quanto gestante o più in generale in quanto persona “fisicamente” titolare di una situazione giuridicamente tutelata (art. 31 Cost.; art. 1 l. n.194/1978).

E' stato efficacemente rilevato come “la maternità sembra agganciare fatalmente qualunque costruzione giuridica della filiazione a un fatto naturale incontrovertibile”<sup>96</sup>; eppure, si potrebbe obiettare che la maternità è una relazione giuridica almeno quanto la paternità.

A che titolo l'uomo, o meglio, quell'uomo che si presenta dal medico (e/o ente ospedaliero) in veste di padre, può pretendere l'esatto adempimento dell'obbligazione di informare correttamente la gestante circa le condizioni del feto, e di essere a sua volta informato circa la medesima circostanza?

Secondo la giurisprudenza è soggetto “protetto” dal contratto concluso tra altre parti, quali autonomi centri di interesse, e non ha azione per ottenere la tutela diretta ed immediata del suo interesse.

E se il medico informasse correttamente la gestante circa le condizioni del nascituro e la madre-moglie non riferisse alcunché al proprio coniuge-padre, contro chi potrebbe rivalersi questo “padre” *in fieri* della nascita o non nascita di suo figlio, o più correttamente della nascita di un bambino gravemente malato e bisognoso di tutto?

### **3.2. Profilo sulla decisione abortiva.**

Tale interrogativo conduce ad una riflessione che concerne il delicato equilibrio tra lo *status* coniugale e la decisione sull'interruzione volontaria di gravidanza.

Il punto di partenza di tale discorso è che il contratto tra la madre e il medico e/o

---

<sup>95</sup> G. PALERMO, voce “Legittimazione” in *Enc.giur. Treccani*, XVIII, Ed. Enc.it., Roma, 1990, p. 1.

l'ente ospedaliero, è fonte dell'obbligazione di informare esattamente la gestante circa le condizioni del nascituro.

L'inadempimento del sanitario incide sulla libertà della madre in presenza delle condizioni di cui alla legge n. 194/1978, da provare nel caso concreto<sup>97</sup>, di esercitare o non il suo diritto all'interruzione della gravidanza; l'inadempimento colpevole del sanitario non determina la mancata interruzione della gravidanza, ma la mancata possibilità di scegliere se interrompere o meno la gravidanza<sup>98</sup>, ben potendo la donna informata correttamente dal medico circa le malformazioni del feto e pur in presenza delle condizioni legittimanti l'esercizio dell'aborto, scegliere autonomamente, senza neppure consultare il padre - coniuge, di proseguire nella gestazione.

In un caso del genere, infatti, il padre diventa tale e, per di più di un bambino "problematico" senza neppure saperlo, perché l'ordinamento giuridico non prevede alcuna tutela nei suoi confronti; non è data azione per ottenere l'adempimento della prestazione oggetto del contratto tra la madre e l'ospedale, - l'obbligazione di informare il padre circa le condizioni sembra "valere" giuridicamente nei confronti del padre solo se la madre lo permette -, né sussiste per il padre un diritto ad essere informato circa la sussistenza delle condizioni che legittimano l'interruzione di gravidanza.

In ogni caso il padre diventa o non diventa tale, non per l'inadempimento del medico, ma per la scelta della donna di interrompere o meno la gravidanza.

Nelle decisioni richiamate, colui che si afferma "padre" - non ancora formalmente investito della qualifica di "legittimo" - viene estensivamente risarcito, in misura identica alla madre, del danno patrimoniale e non patito per la nascita di un figlio in condizioni menomate, con un regime probatorio a lui favorevole perché

---

<sup>96</sup> M. IACUB, *L'impero del ventre. Per un'altra storia della maternità*, Ombre Corte, Verona, 2004, p. 10.

<sup>97</sup> Cfr., da ultimo, Cass., Sez. III, 14 luglio 2006, n. 16123, cit. secondo la quale la parte che chiede in giudizio il risarcimento del danno per lesione del diritto all'interruzione della gravidanza in conseguenza della violazione da parte dei sanitari del diritto all'informazione deve provare che, quantomeno in termini di probabilità scientifica, la patologia necessaria per ricorrere all'interruzione di gravidanza sarebbe stata manifesta in conseguenza della informazione da parte dei medici.

<sup>98</sup> Trib. Padova, 9 agosto 1985, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, p. 115, con nota di P. ZATTI. In particolare, l'autore afferma che "la legge tutela un bene di autodeterminazione della donna riguardo alla difficile scelta tra due mali - l'aborto e il rischio della propria salute - e stabilisce la libertà là dove il rischio sussista al momento della scelta. La privazione della libertà di scegliere - cioè di sottrarsi al

ricadente nello schema probatorio della responsabilità contrattuale e con un termine di prescrizione più lungo atteso che lo stesso subisce le conseguenze della privazione del diritto di scelta della donna a causa dell'inadempimento del medico; mentre, nell'ipotesi in cui la donna sia stata correttamente informata dal sanitario circa le malformazioni del feto, sussistano le condizioni legittimanti la pratica abortiva, ma ove la stessa scelga autonomamente di proseguire la gravidanza con la conseguente messa al mondo di un bambino menomato, in tale ipotesi il marito non ha diritto al risarcimento del danno.

Di recente ha suscitato l'attenzione anche dei *media* una sentenza del Tribunale di Monza<sup>99</sup>, la quale pronunciandosi in tema di separazione giudiziale dei coniugi ha chiarito come non possa pronunciarsi l'addebito a carico della moglie<sup>100</sup> che, senza aver preventivamente conseguito il consenso del marito, abbia deciso di interrompere la gravidanza, atteso che la donna esercita un diritto che compete, ricorrendo le condizioni di cui alla l. n. 194/1978, esclusivamente a lei stessa, e non è limitato dallo stato coniugale<sup>101</sup>.

La citata decisione esclude che l'aborto praticato dalla moglie in costanza di matrimonio, senza il consenso del marito, ed anzi con l'opposizione dello stesso secondo la prospettazione del ricorrente, possa fondare l'addebito della separazione giudiziale.

Nel caso in esame il marito ha invocato "il diritto alla paternità che, a suo dire, avrebbe imposto alla moglie "di tener conto delle sue ragioni eventualmente contrarie", dovendo in difetto ritenersi illecito, nell'ambito del matrimonio, un ingiustificato rifiuto della donna a far partecipare il marito-padre alle procedure in cui essa è chiamata per ottenere l'autorizzazione abortiva.

---

rischio - in queste condizioni, non cessa di essere antigiuridica perché successivamente, di fatto, il rischio non si sia realizzato in concreti pregiudizi alla salute".

<sup>99</sup> Trib. Monza, 26 gennaio 2006, in *Foro it.*, 2006, I, 4, 1202, con nota di G. CASABURI; in *Fam. e dir.*, 2006, p. 198 con nota di G. DE MARZO, *Interruzione volontaria di gravidanza, addebito della separazione e responsabilità risarcitoria per lesione del diritto alla paternità*; quest'ultimo a. trae l'occasione dalla fattispecie in esame per rilevare le incongruenze della nuova disciplina di cui all'art. 2 comma 2, della legge 8 febbraio 2006, n. 54 che ha introdotto nel codice di procedura civile l'art. 709 *ter*.

<sup>100</sup> E nella fattispecie, vengono rigettate anche "le consequenziali richieste risarcitorie".

<sup>101</sup> Leggasi nel testo della decisione citata "[...] Del resto, sarebbe quantomeno incongruo stabilire che la donna, quando abbia assunto anche la condizione di "moglie", debba essere sanzionata (con l'addebito

Di contro, il Tribunale ha rilevato come la legge 22 maggio 1978 n. 194, trattandosi di una legge speciale intervenuta in epoca successiva a quella di riforma del diritto di famiglia, può derogare a taluni dei principi generali introdotti da quest'ultima, invocati dal ricorrente; in particolare, il Giudicante ha rilevato come la predetta legge abbia espressamente inteso disciplinare le ipotesi di interruzione della gravidanza senza alcuna distinzione correlata alla condizione personale della donna ed indipendentemente dal rapporto giuridico esistente o meno con il padre del concepito<sup>102</sup>. L'art. 5, infatti, prevede la facoltà della donna di rendere partecipe la "persona indicata come il padre del concepito" della procedura prodromica alla decisione abortiva, ma la stessa norma speciale attribuisce in via esclusiva alla donna, una volta maturato l'eventuale periodo di ripensamento di sette giorni richiestole dal medico interpellato, la facoltà di decidere l'interruzione della gravidanza<sup>103</sup>.

In conclusione, il Tribunale, ribadendo l'esistenza nell'ordinamento giuridico di un vero e proprio diritto all'aborto della donna in quanto tale (non distinguendo tra donna coniugata e non coniugata) il cui esercizio le compete in via esclusiva, giunge a negare l'esistenza di un diritto alla paternità del marito, atteso che, secondo il pensiero espresso dal magistrato, "non può neppure attribuirsi alle scelte attinenti alla maternità una qualsivoglia valenza bilaterale"<sup>104</sup>.

Come è noto, esiste nell'ordinamento un diritto all'aborto il cui esercizio è di esclusiva competenza della donna; è prevista una facoltà della donna di rendere partecipe, informare colui che è indicato come padre della decisione abortiva; tale disciplina può giustificarsi nell'ipotesi di donna non coniugata, ma nel caso di donna

---

della separazione e con le rilevanti conseguenze giuridiche a tale pronunzia direttamente riconducibili) a causa e per l'effetto dell'esercizio di un diritto riconosciute dalla legge [...].

<sup>102</sup> Sull'esistenza del "diritto della madre all'aborto", cfr. Cass., Sez. III, 1° dicembre 1998, n. 12195, in *Foro it.*, 1999, I, 77.

<sup>103</sup> Sull'irrelevanza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, l. 194/78 nella parte in cui "consentendo alla madre l'interruzione della gravidanza entro i primi novanta giorni dal concepimento, non considera il diritto alla paternità del padre del concepito, nonché il diritto alla vita di quest'ultimo" cfr. Cass., Sez. I, 5 novembre 1998, n. 11094, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 708 con nota di M. GRONDONA, *Desiderio del marito di essere padre e diritto della moglie di non essere madre*.

<sup>104</sup> Sulla contraddittorietà tra il principio di uguaglianza tra i coniugi e l'interruzione volontaria della gravidanza con l'esclusivo consenso della donna, L. PALAMIDESSI, E. AVELLA, *La tutela della paternità durante la separazione*, nel *Trattato respons. civ. pen. fam.*, a cura di P. Cendon, III, Cedam, Padova, 2004, p. 2323 ss.

sposata si potrebbe sostenere che la previsione di tale modalità di partecipazione - “costruita” come facoltà, e non piuttosto come diritto-dovere di informare il marito - si pone in contrasto con l’esistenza di quella “comunione materiale e spirituale” che la legge 1° dicembre 1970, n. 898 (*Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*) definisce come il contenuto dell’istituto matrimoniale<sup>105</sup>.

Questa prospettiva, infatti, si pone in linea con la scelta del Legislatore ordinario di prevedere l’interruzione volontaria di gravidanza al fine di tutelare la salute della donna<sup>106</sup>; consente a quest’ultima di essere destinataria esclusiva della scelta finale che la riguarda direttamente; valorizza al contempo, tra gli interessi in gioco, quello conseguente all’aver scelto responsabilmente il matrimonio; permette, forse, alla giurisprudenza di riequilibrare i risultati poco convincenti cui è pervenuta nella preoccupazione di mantenere fede al principio della responsabilità per il fatto della procreazione; basti pensare ad una recente decisione nella quale, il Supremo Collegio ha ritenuto di liquidare al padre - coniuge i danni, patrimoniali e non patrimoniali conseguenti alla “scoperta” di avere un figlio menomato sul presupposto dell’inadempimento del sanitario, mentre tale risultato non potrebbe attualmente conseguirsi se, per ipotesi, fosse stata la stessa moglie a celare le malformazioni del figlio al proprio marito.

Se, in definitiva, può dirsi che l’attuale disciplina positiva escluda l’esistenza di

---

<sup>105</sup> Corte di Appello di Bologna, 19 dicembre 1991, in *Dir. fam. pers.*, 1993, p. 1081, con nota di L. CEI, *La tutela della salute ed il padre del concepito*.

<sup>106</sup> Corte Cost., ord. 31 marzo 1988, n. 389, in *Giur. cost.*, 1988, p. 1713: “E’ manifestamente inammissibile, perché investe scelte discrezionali del legislatore, la questione di legittimità costituzionale dell’art. 5 l. 22 maggio 1978 n. 194, sollevata in riferimento agli artt. 29 e 30 Cost. dal Pretore di San Donà di Piave con ordinanza emessa il 16 novembre 1984 (R.O. n. 1379, 1974; G.U. n. 101-bis, 1985), nella parte in cui non riconosce rilevanza alla volontà del padre del concepito, marito della donna che chiede di interrompere la gravidanza restandone asseritamente violato il principio di uguaglianza tra i coniugi posto a base del matrimonio. La scelta politico-legislativa di lasciare la donna unica responsabile della decisione di interrompere la gravidanza, non può considerarsi irrazionale in quanto valorizza l’incidenza, se non esclusiva, sicuramente prevalente, dello stato gravidico sulla salute sia fisica che psichica della donna”. Pretura San Donà di Piave, 16 novembre 1984, in *Giur. cost.*, II, 1985, 305 “Non è manifestamente infondata - in riferimento agli artt. 29 e 30 Cost. - la questione di legittimità costituzionale dell’art. 5 l. 22 maggio 1978 n. 194 nella parte in cui non riconosce rilevanza alla volontà del padre del concepito, marito della donna che chiede di interrompere la gravidanza”. L’attore si era rivolto al Pretore per chiedere il risarcimento dei danni per lesione del “diritto alla paternità”.

un diritto alla paternità di colui che si afferma padre del concepito<sup>107</sup>, nella considerazione che la decisione circa l'interruzione della gravidanza spetti solo alla donna<sup>108</sup>, non pare appagante respingere qualsivoglia considerazione dello *status* coniugale dei genitori quantomeno nella prospettiva di introdurre nella fase prodromica alla decisione una condivisione circa quelle condizioni tipicamente familiari, economiche e sociali che ai sensi della citata normativa concorrono a legittimare la stessa pratica abortiva<sup>109</sup>.

#### **4. L'azione di disconoscimento della paternità ex art. 235 c.c. Verso un disconoscimento a prova libera. Obiettivo: sicura esclusione della paternità legittima. Conseguenza: presupposta coincidenza tra *status* e identità biologica.**

Si è detto come, secondo una prima ipotesi, la “qualità” di padre nel matrimonio emerga in concomitanza con la formazione del titolo di figlio legittimo. Si è visto, altresì, come questa “tesi” evidenzii delle problematiche significative quali l'impossibilità giuridica di accertare la paternità legittima prenatale e la “signoria” di cui sembra investita la donna - madre nell'attribuire la “qualità” di padre legittimo al proprio marito.

---

<sup>107</sup> Cass., Sez. I, 5 novembre 1998, n. 11094, in *Fam. e dir.*, 1999, p. 125 con nota di G. FERRANDO; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 708, con nota di M. GRONDONA, cit.; la decisione ha affermato l'infondatezza dell'azione di risarcimento del danno proposta dal marito nei confronti della moglie per l'interruzione volontaria della gravidanza; Cass., Sez. III, 11 febbraio 1998, n. 1421, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 1273.

<sup>108</sup> L. CEI, *La tutela della salute e il padre del concepito*, op. cit., p. 1095 per il quale “La normativa subordina la partecipazione del padre del concepito all'esame delle cause che inducono l'aborto alla preventiva manifestazione di consenso della donna, facoltà, quest'ultima meramente potestativa, stante l'assenza di qualsiasi possibile sindacato sulle ragioni che la determinano”; cfr., altresì, F. BUONOMO, *Diritto all'aborto e diritto di paternità: un'occasione perduta per la Cedu*, in *Dir. e giust.*, 2002, 44, p. 61 ss.

<sup>109</sup> G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Cedam, Padova, 1999, p. 217 evidenzia come sia difficile da contestare che le decisioni relative alla procreazione siano tra quelle che definiscono l'indirizzo della vita familiare e siano quindi affidate all'accordo tra i coniugi (art. 145 c.c.); l'a. conclude, affermando come “non vi è quindi ragione di negare tutela all'autodeterminazione dell'uomo nelle scelte inerenti alla procreazione, solo perché non ha voce in capitolo nell'interruzione della gravidanza della sua compagna”.

Diversamente, si è cercato di evidenziare come l'evoluzione della ricerca medica - scientifica consente oggi, o più correttamente, impone di individuare nuovi interessi riferibili al concepito, diversi da quelli patrimoniali, di cui si possono ritenere investiti i genitori a partire dal concepimento.

Si è anche rilevato come, in tale contesto, la posizione della donna sia giuridicamente "privilegiata" in ragione della condizione fisiologica in cui per natura si trova.

Lo stesso ordinamento positivo, anche laddove si preoccupa di tutelare anticipatamente gli interessi patrimoniali del nascituro, sembra considerare una "condizione" di padre che precede e prescinde dall'attribuzione formale dello *status*; e la giurisprudenza, accordando la legittimazione ad agire al marito nelle fattispecie di responsabilità per nascita indesiderata, sembra presupporre la situazione giuridica del padre del concepito senza alcuna apparente discriminazione fondata sull'esistenza di un titolo di padre legittimo in una sfera tanto problematica quanto delicata quale è quella relativa alla condizione di salute del nascituro.

Tali considerazioni suggeriscono una riflessione. Da un lato, si profila la perdurante validità di un meccanismo di costituzione ed accertamento dello *status filiationis* capace di delineare accanto alla posizione del figlio un corrispondente *status* di padre di guisa da ritenere che la "paternità giuridica" sia rigorosamente ancorata a tale sistema; dall'altro, pare affiorare l'idea che la stessa categoria dogmatica dello *status* non sia in grado di cogliere le multiformi sfaccettature in cui la dimensione della paternità acquista rilevanza giuridica.

Si va configurando, pertanto, anche alla luce delle disposizioni legislative vigenti, una "condizione" dell'essere padre di sicuro rilievo giuridico che precede e prescinde dal parallelo binario rappresentato dal sistema di attribuzione dello *status*.

Segnatamente, può sembrare che la categoria dello *status*, o piuttosto, il sistema di attribuzione dello *status* come risulta interpretato secondo il diritto vivente, sia destinato a "cedere" di fronte all'esigenza prorompente di soddisfare, o meglio, di garantire "nuovi interessi" traducibili in nuove situazioni giuridiche meritevoli di tutela.

Per comprendere e dimostrare tale pensiero, può essere utile un riferimento all'azione di disconoscimento della paternità legittima di cui all'art. 235 c.c., la cui



disciplina ha subito ripetute modificazioni ad opera del Legislatore<sup>110</sup>, e della giurisprudenza costituzionale<sup>111</sup> pur conservando ancor oggi - rispetto alle altre azioni di stato - talune resistenti antinomie<sup>112</sup>.

Come già ricordato, è opinione pressoché consolidata che uno dei presupposti per l'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità *ex art. 235 c.c.* sia l'esistenza di un titolo di stato di figlio legittimo<sup>113</sup>.

Tale titolo si costituisce nella sussistenza dei requisiti già richiamati integrati dalle risultanze dell'atto di nascita e, in particolare, per effetto della dichiarazione di nascita trasfusa nel predetto documento.

L'obiettivo cui tende l'azione è l'esclusione della paternità legittima, cioè la dimostrazione che il figlio "legittimo" non è stato concepito dal marito della madre.

L'accoglimento della predetta azione, in specie a seguito del recente intervento della Corte Costituzionale in ordine ai limiti probatori di cui si dirà a breve, conduce alla certezza che il figlio non è stato generato dal marito, e che, quindi sia lo *status* di figlio che quello corrispondente di padre "legittimo" si sono costituiti pur in mancanza di tutti i requisiti tradizionalmente ritenuti a tal fine necessari.

Da tali considerazioni può anche sostenersi che la costituzione dello *status* di legittimo può prescindere del tutto dai presupposti contenuti negli artt. 231 e 232, comma 1° c.c., purché sia stato formato un atto di nascita da cui risulti non di meno la

---

<sup>110</sup> C. COSSU, *Filiazione legittima*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, p. 635 ss.; in particolare, l'a. rileva come "l'intervento della riforma in materia di filiazione legittima, ha avuto il suo momento di maggiore innovazione in relazione alla disciplina in tema di disconoscimento della paternità", p. 643.

<sup>111</sup> Corte Cost., 6 luglio 2006, n. 266, in *Famiglia*, II, 2006, p. 1169 ss., con nota di E. CARBONE, *Disconoscimento di paternità: un'incisiva riforma orientata al favor veritatis*, e nota di W. VIRGA, *Disconoscimento di paternità, prova dell'adulterio e test ematogenetico: tra tecne e diche, la Consulta opta per il giusto mezzo*, in *Foro it.*, 2006, I, 3290; in *Fam. e dir.*, 2006, p. 461 con nota di E. BOLONDI, *L'azione di disconoscimento della paternità può essere accolta anche sulla base delle sole risultanze delle indagini genetiche o ematologiche*; in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, p. 1367 ss. con nota di A. GENTILI, *La Corte costituzionale, in nome del favor veritatis, rimodella, in parte, la disciplina della filiazione*, p. 1367 ss.

<sup>112</sup> E. CAMILLERI, *Interesse del minore e disconoscimento della paternità. Spunti critici per un (ri)allineamento al sistema delle azioni di stato*, in *Famiglia*, 2001, I, p. 619 ss.

<sup>113</sup> C. DELITALIA, *Disconoscimento di paternità, atto di nascita e "titolo" dello stato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, II, p. 1048 ss.; M. SESTA, *Le azioni di disconoscimento, di contestazione e di reclamo di legittimità*, nel *Trattato Rescigno*, 4, Utet, Torino, 1997, p. 61 ss., il quale menzione accanto a tale presupposto, la stessa nascita del figlio purché sia nato vivo.

legittimità del figlio nonché quella del marito della madre.

A tale proposito, infatti, è stato incisivamente rilevato come il nostro ordinamento abbia preferito “predisporre un “modello legale” di attribuzione della paternità, rispetto al quale l’effettiva paternità del marito è assolutamente irrilevante”<sup>114</sup>; e tale constatazione, nella vigenza della formulazione originaria del codice civile, non si ripercuote solamente nell’attribuzione legale della legittimità del figlio, ma - secondo l’ipotesi iniziale prescelta - si trasferisce automaticamente nell’accertamento della paternità legittima.

Cioè, in sostanza, il sistema è congeniato in modo tale da consentire a colui che risulta giuridicamente “padre legittimo”, di non essere il padre biologico.

Soccorre all’uopo la disciplina dell’azione di disconoscimento della paternità, la cui trasformazione subita, dalla codificazione del 1942 alla Riforma del diritto di famiglia del 1975<sup>115</sup> sino al recente intervento della Corte Costituzionale, rappresenta l’emblema dell’evoluzione culturale, sociale e giuridica dell’idea di paternità<sup>116</sup>.

Dal modello del Codice napoleonico *dell’action en désaveu*<sup>117</sup> al codice unitario del 1865, il legislatore del 1942 ha rigorosamente mutuato la disciplina sull’azione di disconoscimento configurandola inizialmente nelle tassative ipotesi previste dalla legge in ossequio al principio del *favor legitimitatis*.

Prima dell’intervento della Riforma del diritto di famiglia, infatti, la disciplina *de qua* differiva significativamente dalla quella attuale in tre aspetti fondamentali; in primo luogo, la legittimazione ad agire era “monopolio” esclusivo del presunto padre-coniuge in conformità alla posizione di piena supremazia riconosciuta dal sistema al marito<sup>118</sup>; inoltre, la prova della non paternità del marito di cui al vigente punto 3)

---

<sup>114</sup> C. DELITALA, *Disconoscimento di paternità, atto di nascita e “titolo” dello stato*, op. cit., p. 1093.

<sup>115</sup> G. DEIANA, *sub art. 235 c.c.*, op. cit., p. 574; A. DE CUPIS, *sub art. 235 c.c.*, cit.

<sup>116</sup> Sottolinea la tendenza a partire dalla Riforma del 1975 ad ammettere con maggior larghezza la facoltà di provare che il figlio di donna coniugata non è generato dal marito, G. CATTANEO, *Lo stato di figlio legittimo e le prove della filiazione*, op. cit., p. 12, il quale evidenzia in particolare i passaggi rilevanti della Riforma. L’introduzione della previsione dell’art. 232, comma 2° c.c., in particolare, secondo la quale la presunzione di paternità non opera trascorsi trecento giorni dalla separazione, consente la contestazione dello stato di figlio legittimo da parte di chiunque vi abbia interesse nell’ipotesi in cui la verità biologica non corrisponde a quella dichiarata.

<sup>117</sup> C. DELITALA, *Disconoscimento di paternità, atto di nascita e “titolo” dello stato*, op. cit., p. 1059.

<sup>118</sup> M. SESTA, voce “Azioni di stato legittimo”, in *Enc. giur. Treccani*, IV, 1988, Ed. Enc.it., Roma, p. 2.

comma 1° dell'art. 235 c.c. era subordinata alla triplice e concorrente dimostrazione preliminare dell'adulterio, del celamento della gravidanza e della nascita; infine, era previsto un termine di decadenza per il marito più breve di quello attuale.

La rigidità del sistema veniva motivata nella considerazione che corrispondesse al superiore interesse familiare mantenere lo *status* acquisito di figlio legittimo e nella presupposta certezza che tale interesse coincidesse perfettamente con quello del figlio a preservare lo *status* legittimo, piuttosto che quello diverso di naturale o irriconoscibile<sup>119</sup>.

Come è noto, già la Riforma del 1975 ha esteso la legittimazione ad agire alla madre ed al figlio maggiorenne nei casi in cui l'azione può essere esercitata dal padre, ha modificato le ipotesi oggetto della prova di non paternità che da concorrenti sono divenute alternative (art. 235, comma 1°, 3) c.c.), ha allungato i termini di decadenza, previsti anche per l'impugnazione della madre e del figlio.

A ciò si aggiunga, l'introduzione con l'art. 81 della legge 4 maggio 1983, n. 184<sup>120</sup> in tema di adozione, della legittimazione del Pubblico ministero alla proposizione dell'istanza di nomina di un curatore speciale nell'ipotesi in cui il figlio disconoscendo sia un minore di età inferiore ai sedici anni (art. 244, comma 4° c.c.)<sup>121</sup>; la previsione dell'intervento di un organo dello Stato al fine di attivare l'azione di disconoscimento della paternità conduce a ritenere corrispondente all'interesse pubblico, prevalente rispetto a quello dei singoli, la corrispondenza della verità legale con quella naturale in fatto di procreazione.

Si può affermare che con la Riforma del diritto di famiglia, l'interesse per l'accertamento della paternità legittima sia "scivolato" nella direzione di favorire la coincidenza dello *status* con la paternità biologica<sup>122</sup>, pur se - è stato detto - "nella disciplina novellata è rimasta, tuttavia, una severa sottovalutazione della prova

---

<sup>119</sup> Significativa è la soluzione giurisprudenziale nel celebre caso del piccolo mulatto pisano, cfr. A. CICU, *Impugnativa di paternità di figlio mulatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 246 ss.

<sup>120</sup> L. 4 maggio 1983, n. 184, "Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori", in *Supplemento alla Gazzetta Ufficiale* n. 133 del 17 maggio 1983.

<sup>121</sup> "L'azione può essere altresì promossa da un curatore speciale nominato dal giudice, assunte sommarie informazioni, su istanza del figlio minore che ha compiuto i sedici anni, o del pubblico ministero quando si tratta di minore di età inferiore".

<sup>122</sup> S. PATTI, *Verità e stato giuridico della persona*, op. cit., p. 231- 247.

scientifica”<sup>123</sup>.

Ed ancora di recente, la Corte costituzionale, in perfetta continuità con i rilevanti arresti resi in materia<sup>124</sup>, ha rimodellato la disciplina dell’azione di disconoscimento dichiarando l’incostituzionalità della disposizione di cui all’art. 235, comma 1° n. 3 c.c. nella parte in cui subordina le prove tecniche - atte a dimostrare che il figlio presenta caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre, o ogni altro fatto tendente ad escludere la paternità - alla dimostrazione dell’adulterio della moglie nel periodo compreso tra il trecentesimo e centottantesimo giorno prima della nascita del figlio<sup>125</sup>.

La Consulta, infatti, con una pronuncia “adeguatrice”, supera il consolidato “diritto vivente”<sup>126</sup> ascrivibile ai giudici di legittimità<sup>127</sup> in merito ai limiti probatori

---

<sup>123</sup> E. CARBONE, *Disconoscimento di paternità: un’incisiva riforma orientata al favor veritatis*, op. cit., p. 1177.

<sup>124</sup> Corte Cost., 6 maggio 1985, n. 134 in *Giur. it.*, 1985, I, 1, p. 1153, la quale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il comma 3° dell’art. 244 c.c. nella parte in cui non dispone per il caso previsto dal n. 3 dell’art. 235 dello stesso codice, che il termine dell’azione di disconoscimento decorra dal giorno in cui il marito sia venuto a conoscenza dell’adulterio della moglie e Corte Cost., 14 maggio 1999, n. 170; in *Corr. giur.*, 1999, p. 1097, la quale è giunta alla medesima conclusione circa il termine di decorrenza dell’azione nell’ipotesi di impotenza solo di generare del marito.

<sup>125</sup> Le ordinanze di rimessione provengono da Cass., Sez. I, 5 giugno 2004, n. 10742, in *Foro it.*, 2004, I, 2726; in *Fam. e dir.*, 2004, p. 569 con nota di E. BOLONDI, *La prova dell’adulterio al vaglio della Corte costituzionale*; in *Dir. fam. pers.*, 2005, p. 482 ss., con nota di A. RENDA, *Troppo ardua la prova (diretta) dell’adulterio? La parola sull’art. 235, n. 3 c.c. passa alla Consulta*; in *Corr. giur.*, 2005, p. 377 ss., con nota di W. VIRGA, *Bilanciamento tra limiti legali al disconoscimento di paternità e diritto di difesa: un’occasione mancata*; si tratta di una fattispecie in cui l’azione di disconoscimento era fatta valere dal padre, per presunto contrasto con gli artt. 3 e 24 comma 2°, Cost.; dal Tribunale di Rovigo, 28 ottobre 2004, in una ipotesi in cui l’azione è fatta valere dal figlio, e dalla Corte d’Appello di Venezia, 30 marzo 2005, queste ultime pubblicate in *Gazz. Uff.*, 2005, I, *Serie speciale*, nn. 16 e 26. La Corte Costituzionale ritiene fondati solo i primi due ricorsi ma limitatamente al contrasto con l’art. 24, comma 2° Cost.

<sup>126</sup> La stessa Corte Costituzionale nella decisione n. 266 ricorda come costituisca oramai “diritto vivente” quello per il quale l’indagine sull’adulterio abbia carattere preliminare rispetto a quello sulla sussistenza o meno del rapporto procreativo con la conseguenza che la prova ematologica, anche se eseguita contemporaneamente, può essere esaminata solo subordinatamente al raggiungimento della prova sull’adulterio, *ex multis*, Cass., Sez. I, 5 gennaio 1984, n. 20 e Cass., Sez. I, 23 gennaio 1984, n. 541, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 735 ss.; successivamente anche, Cass., Sez. I, 20 febbraio 1992, n. 2113, in *Rep. Foro it.*, 1992, voce *Filiazione*, n. 27 e Cass., Sez. I, 17 agosto 1998, n. 8087 in *Fam e dir.*, 1998, p. 427 con nota di V. CARBONE, *E’ preferibile un padre putativo a quello biologico?*; Cass., Sez. I, 22 ottobre 2002, n. 14887, in *Famiglia*, 2003, II, p. 1103 con nota di A. RENDA, *Provata la non paternità non può dirsi provato l’adulterio: “Mulatto di Toscana” redivivus?*; in *Fam. e dir.*, 2003, p. 5 ss. con nota di V. CARBONE, *Il DNA che esclude la paternità biologica è anche “prova” dell’adulterio della moglie.*

ricadenti sull'ipotesi di cui al n. 3) comma 1° dell'art. 235 c.c. – “per l'irragionevole impedimento che oppone all'esercizio del diritto di azione garantito dall'art. 24 Cost. per la tutela di diritti fondamentali attinenti allo *status* e all'identità biologica della persona”<sup>128</sup>.

Senza voler approfondire in questa sede i riflessi dogmatici che la pronuncia d'incostituzionalità può comportare tra i quali sono stati segnalati, la perdita del carattere di assolutezza della presunzione *pater is est*<sup>129</sup>, il venir meno del principio di tassatività delle fattispecie *ex art. 235 c.c.*, l'unificazione del regime probatorio delle azioni di disconoscimento *ex artt. 233 e 235 c.c.*, è pressoché pacifico che il risultato pratico cui approda la pronuncia della Corte costituzionale consiste nel fatto che l'attore - in particolare il padre il cui *status* è quello legittimo - che agisce in disconoscimento anziché provare la non coabitazione con la moglie ovvero l'assoluta *impotentia coeundi vel generandi* nell'intero periodo legale di concepimento (tra il trecentesimo e il centottantesimo giorno prima della nascita), potrà limitarsi a dedurre l'adulterio della moglie, fornendone la prova attraverso gli accertamenti ematologici e genetici volti a dimostrare di non essere il padre del figlio<sup>130</sup>.

E' stato incisivamente commentato come “la piena libertà della prova tecnica introdotta nell'ultima fattispecie riduca l'enumerazione precedente a simulacro di una

---

L'unico caso in senso contrario Cass., Sez. I, 12 novembre 1984, n. 5687, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 734 ss., la quale riteneva che il giudice del merito potesse ammettere contemporaneamente l'esperibilità delle prove tecniche a quelle sull'adulterio, convalidando ed integrando il proprio convincimento sull'esistenza dell'adulterio con la valutazione del rifiuto ingiustificato opposto dagli interessati all'espletamento della prova ematologia (rifiuto alla prova ematologia = prova della non paternità). Da rilevare, altresì, che in senso contrario all'indirizzo giurisprudenziale si poneva la migliore dottrina, A. FINOCCHIARO, in A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, II, Giuffrè, Milano, 1984, p. 1488 ss. e ID., *L'azione di disconoscimento di paternità e la prova dell'adulterio della moglie a mezzo degli esami ematologici e/o genetici*, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 746 ss.; ID., *Il disconoscimento di paternità*, in *Fam. e dir.*, 1994, p. 317 ss.

<sup>127</sup> V. CARBONE, *Basta la prova del dna e non più l'adulterio per disconoscere la paternità*, nota a Corte Cost., 6 luglio 2006, n. 266, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1371.

<sup>128</sup> Corte Cost., 6 luglio 2006, n. 266 cit.

<sup>129</sup> E. CARBONE, *Disconoscimento di paternità: un'incisiva riforma orientata al favor veritatis*, *op. cit.*, p. 1183, “una pronuncia così radicale sembra indurre nel sistema conseguenze profonde, quasi a lambire le fondamenta della presunzione *pater is est* (*quem justae nuptiae demonstrant*), attualmente ospitata dall'art. 231 c.c.”.

<sup>130</sup> Nello stesso senso, cfr., E. CARBONE, *Disconoscimento di paternità: un'incisiva riforma orientata al favor veritatis*, *op. cit.*, p. 1185.

tipicità oramai cancellata dal sistema”<sup>131</sup>.

Tale conclusione in ordine alla prova della non paternità del marito della madre attraverso i risultati degli esami ematologici, indipendentemente dalla dimostrazione degli altri fatti posti dalla legge a fondamento dell’azione *de qua*, quali - l’impotenza *coeundi vel generandi*, la non coabitazione, l’adulterio della moglie -, hanno portato a ritenere, altresì, superabile il ristretto termine di decadenza previsto per l’esercizio dell’azione, potendo quest’ultimo iniziare a decorrere solamente dopo raggiunta la prova della non compatibilità genetica tra il presunto padre ed il figlio, ovvero all’esito dei risultati degli esami ematici<sup>132</sup>.

In definitiva, si può rilevare come la progressiva modificazione della originaria disciplina dell’azione di disconoscimento della paternità di cui all’art. 235 c.c. evidenzia la tendenza a configurare la categoria dello *status filiationis* quanto più possibile fedele alla verità biologica della procreazione<sup>133</sup>.

La stessa Corte Costituzionale attraverso il citato arresto rendendo più sicuro l’accertamento della verità biologica attraverso la modificazione della disciplina di un’azione di stato dai confini così originariamente rigorosi, ha confermato che l’obiettivo tenuto in considerazione è quello di assicurare una coincidenza certa tra lo *status* di padre legittimo e la paternità biologica, cioè tra l’accertamento della verità giuridica e la verità materiale.

Se tale coincidenza non si verifica, infatti, l’ordinamento consente di togliere di

---

<sup>131</sup> Nello stesso senso, cfr., E. CARBONE, *Disconoscimento di paternità: un’incisiva riforma orientata al favor veritatis*, *op. cit.*, p. 1185.

<sup>132</sup> V. CARBONE, *Basta la prova del DNA e non più dell’adulterio per disconoscere la paternità*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1368 ss.

<sup>133</sup> Tale conclusione, del resto, si pone in linea con le soluzioni raggiunte dai principali paesi europei. Nell’ordinamento francese, in particolare, si segnala dapprima la legge 72-3 del 3 gennaio 1972 la quale nel riformulare l’art. 312 *code civil*, aveva sottratto l’azione di disconoscimento al principio di tassatività (cfr., C. EBENE COBELLI, *La riforma in Francia delle leggi sulle persone e sulla famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 409 ss.). Successivamente, l’*Ordonnance* n. 2005-759 del 4 luglio 2005, unificando la filiazione legittima a quella naturale, ha ribadito la libertà di prova nella contestazione della paternità “la paternità può essere contestata provando che il marito o l’autore del riconoscimento non è il padre” (art. 310-3 *code civil*, F. GRANET-LAMBRECHTS, J. HAUSER, *Le nouveau droit de la filiation*, in *Recueil Dalloz*, 2006, p. 23). Nel diritto tedesco, il § 1599 comma 1 stabilisce che le presunzioni di paternità di cui al § 1592 nn. 1 e 2 ed al § 1593 “non si applicano, qualora sulla base di un’impugnazione venga accertato con forza di giudicato che l’uomo non è il padre del figlio”; cfr. S. PATTI, *Codice civile tedesco*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 981 ss.

mezzo lo *status* di legittimità attraverso un'azione resa più agile con l'ampliamento dei soggetti attivamente legittimati a proporla, la possibilità di accedere immediatamente agli esami ematologici, una maggiore elasticità del termine di decadenza previsto dalla legge.

Invero, merita precisare che sarebbe riduttivo sostenere che tale "esigenza di verità" sia maturata in maniera direttamente proporzionale ai progressi conseguiti dalla scienza medica di guisa da ritenere che anche il giurista potendo addivenire ad "una certezza" nell'accertamento della paternità fondata sopra la verità, preferisce abbandonare "una certezza" fondata sopra un'ipotesi legale<sup>134</sup>.

Sicuramente, il progresso medico - scientifico ha contribuito in maniera determinante ad agevolare il perseguimento della verità biologica della paternità.

Tuttavia, merita soffermarsi sul quel passaggio della sentenza della Corte che contiene la motivazione giuridica posta a fondamento della decisione, cioè il richiamo all'art. 24 Cost. ove la Consulta si riferisce testualmente alla "necessità di garantire l'esercizio del diritto di azione per la tutela dei diritti fondamentali attinenti lo *status* e l'identità biologica"<sup>135</sup>.

Non si tratta, infatti, di una preferenza espressa dalla Corte per la verità biologica della procreazione da "sostituire" se pure gradatamente al *favor legitimitatis* imperante fino a pochi decenni fa, ma di una precisa scelta che comporta la valorizzazione della verità biologica quale "irrinunciabile componente della identità individuale"<sup>136</sup>della persona.

L'interesse per la "verità naturale" della procreazione cui sembra tendere il concetto di *status* si pone allora non solo in linea di continuità con il principio di responsabilità per la procreazione che riporta all'idea di un peso gravante sul genitore, ma assurge, altresì, a componente essenziale del fondamentale diritto all'identità

---

<sup>134</sup> E. CARBONE, *Disconoscimento di paternità: un'incisiva riforma orientata al favor veritatis*, *op. cit.*, p. 1184. Teorizza il passaggio dalla presunzione di legge ad una "verità interinale" di matrice tedesca, quale presunzione legale impropria, non fondata cioè sopra un'illusione legislativa, S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro it., Bologna-Roma, 1987, *sub artt* 2697-2698, p. 103 e nota (8).

<sup>135</sup> La stessa Corte Costituzionale si richiama al suo immediato precedente, Corte Cost., 10 febbraio 2006, n. 50 *cit. infra*.

<sup>136</sup> E. CARBONE, *Disconoscimento di paternità: un'incisiva riforma orientata al favor veritatis*, *op. cit.*, p. 1180.

biologica della persona, traducibile, *ex latere patris*, nel diritto a conoscere la propria condizione di paternità<sup>137</sup>.

Di particolare interesse risulta allora l'accostamento operato dalla Corte quando argomenta circa l'esigenza di tutelare "i diritti fondamentali attinenti allo *status* ed all'identità biologica", espressamente richiamando il precedente di Corte Costituzionale, 10 febbraio 2006, n. 50<sup>138</sup>.

La generalità dell'affermazione in uno con la mancanza di una articolazione più approfondita del discorso potrebbe indurre l'interprete ad interrogarsi se si tratti di due differenti posizioni giuridiche attinenti alla persona, distinte e quindi non coincidenti, anche se entrambe riferibili alla persona quali diritti fondamentali, ovvero di un unico aspetto della personalità, specificato dall'endiadi "*status* e identità biologica" inscindibile e non spiegabile senza entrambi i sostantivi.

Il vigente sistema di attribuzione dello *status* con le contraddizioni e le incongruenze di cui è assorbito unitamente all'uso del plurale "diritti fondamentali della persona" adoperato dal Giudice di legittimità, porterebbe a ritenere che si tratti di due situazioni giuridiche distinte ed ancora lontane; una cosa è il diritto allo *status*, altra il diritto all'identità biologica, altra ancora la categoria concettuale dello *status* che quest'ultimo diritto tendenzialmente dovrebbe contenere e rispecchiare.

Un dato pare certo, tuttavia, nella prospettazione della Corte: tali "diritti fondamentali della persona" devono essere parimenti valutati e garantiti attraverso l'esercizio del diritto di azione di cui all'art. 24 Cost.

Ma *quid iuris* se lo *status* non rispecchia l'identità biologica della persona cui si riferisce ed anzi rischia di ledere il diritto all'identità biologica di un'altra persona?

La persistente preclusione posta al padre biologico<sup>139</sup> di poter agire/intervenire nel giudizio di disconoscimento della paternità legittima al fine di accertare anche nei suoi confronti il rapporto di filiazione vuoi quale soggetto legittimato all'azione nell'inerzia dei soggetti formalmente investiti di tale potere, vuoi quale contraddittore in

---

<sup>137</sup> E. CARBONE, *Informationelle Selbstbestimmung e diritto alla prova negli accertamenti di discendenza*, nota a Bundesgerichtshof, 12 gennaio 2005 – XII ZR 227/03, in *Familia*, II, p. 902 ss.

<sup>138</sup> Corte Cost., 10 febbraio 2006, n. 50, in *Fam. e dir.*, 2006, p. 237 con nota di M. SESTA, *L'incostituzionalità dell'art. 274 c.c.: è ancora possibile la delibazione dell'interesse del minore?*

<sup>139</sup> Cfr., Cass., Sez. I, 10 gennaio 1989, n. 25, in *Foro it.*, 1990, I, 959; Cass., Sez. I, 6 aprile 1995, n. 4035, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 2401 e Corte Cost., 27 novembre 1991, n. 429, in *Foro it.*, 1992, I, 2908.



disconoscimento, nella considerazione che si tratti di un soggetto portatore di un interesse di mero fatto rispetto all'esito del giudizio di disconoscimento, "significa ritenere non meritevole di tutela un interesse esistenziale di carattere fondamentale quale quello relativo all'accertamento della situazione personale di paternità"<sup>140</sup>.

Del resto, pare innegabile che i ripetuti interventi giurisprudenziali volti per così dire a "correggere il tiro" della originaria e rigorosa disciplina positiva dell'azione *ex* art. 235 e ss. c.c. fino all'ultimo arresto della Corte costituzionale depongono nel senso di operare un avvicinamento sostanziale tra l'azione di disconoscimento e la vicina azione di contestazione della legittimità<sup>141</sup>, nella quale ultima è da ritenere che l'ampia legittimazione attiva prevista dall'art. 248, comma 1° c.c. consenta di attribuire la legittimazione anche e soprattutto al padre biologico<sup>142</sup>.

Fino a quando l'azione per il disconoscimento della paternità legittima, quale azione di contestazione dello *status*, rimane esperibile solo dal presunto padre legittimo, dalla madre o dal figlio, senza che sia legittimato - per scelta discrezionale del legislatore - il padre biologico<sup>143</sup>, e fino a quando persistono al fine dell'esercizio

---

<sup>140</sup> F. PROSPERI, *Paternità naturale, stato di figlio legittimo altrui, efficacia preclusiva degli atti di stato civile e dubbi sulla perdurante operatività dell'art. 279 c.c.*, nota a Cass., Sez. I, 1° aprile 2004, n. 6365, in *Giur. it.*, 2005, p. 1380 ss.

<sup>141</sup> C. DELITALIA, *Disconoscimento di paternità atto di nascita e "titolo" dello stato*, *op. cit.*, p. 1059, ricorda come rispetto alla disciplina francese pre rivoluzionaria di derivazione romana, l'innovazione apportata dai codificatori napoleonici fu quella di prevedere un brevissimo termine di decadenza per la proposizione dell'azione di contestazione della legittimità perché il concepimento non era dovuto al marito della madre. In tal modo, l'azione cessa di essere meramente dichiarativa e diviene un'azione costitutiva riservata al marito; da qui nasce propriamente l'azione di disconoscimento. La matrice delle due azioni di stato quindi è la medesima.

<sup>142</sup> Si ricorda brevemente come la riforma del 1975 abbia caratterizzato l'azione di contestazione di legittimità con i caratteri della generalità ed astrattezza e senza limiti in ordine all'oggetto della prova; cfr. A. PALAZZO, *Atto di nascita e riconoscimento nel sistema di accertamento della filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 148; Trib. Trani, 3 marzo 1983, in *Giur. it.*, I, 2, p. 166 con nota di M. C. CAPURSO, *Figli concepiti da donna coniugata in costanza di separazione di fatto, contestazione della filiazione legittima*, "favor veritatis"; R. PANE, "Favor veritatis" ed azione di disconoscimento di paternità, in *Rass. dir. civ.*, p. 62 ss.; l'a., in particolare, ritiene che la nuova formulazione dell'art. 248 c.c. lasci la possibilità di sostenere che l'azione di contestazione assuma una funzione più ampia di quella tradizionalmente conferitale ponendosi su di un piano di concorrenza rispetto all'azione di disconoscimento. In tal modo, anche il padre biologico potrebbe disporre di uno "strumento idoneo a negare sul piano legale una paternità non rispondente alla realtà naturale".

<sup>143</sup> Cfr., Cass., Sez. I, 6 aprile 1995, n. 4035, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 2401, la quale esclude la legittimazione del presunto genitore naturale, il quale rispetto al giudizio di disconoscimento della

dell'azione i termini di decadenza, rimarrà non colmata la distanza tra il diritto allo *status* e il diritto all'identità biologica alla cui tutela sembra diretta la fondamentale pronuncia costituzionale.

Per quanto l'evoluzione della disciplina dell'azione di disconoscimento della paternità legittima abbia evidenziato lo sforzo di far combaciare lo *status* con l'identità biologica della persona cui si riferisce, è evidente che la categoria dello *status*, in uno con il sistema di costituzione ed accertamento dello stesso, non è in grado di tutelare completamente la dimensione della paternità sotto il profilo relativo al diritto alla identità biologica della persona quale situazione soggettiva di conoscenza della propria paternità che, a volte, precede non solo la formazione dell'atto di nascita del figlio, quale titolo dello stato, ma, addirittura, il mero fatto della nascita del figlio.

#### **4.1. Il disconoscimento del nascituro concepito.**

Ad ulteriore conferma dell'idea che il sistema dello *status* non è in grado di garantire a pieno la "condizione" della paternità fin dal momento in cui essa si manifesta naturalmente ed abbisogna di una considerazione giuridica, può risultare significativa una riflessione sulla disciplina dell'azione di disconoscimento della paternità legittima.

Come è noto, il pensiero consolidato della dottrina tradizionale<sup>144</sup> è solita elencare come presupposti dell'azione di disconoscimento 1) la nascita del figlio e 2)

---

paternità non può promuovere il relativo procedimento, né intervenire, così come non è legittimato ad impugnare il provvedimento di revoca del decreto di nomina di un curatore speciale al minore infrasedicenne, adottato ai sensi dell'art. 244, ult. comma c.c.; sul punto anche C. COSSU, *Filiazione legittima e naturale* in *La Famiglia*, a cura di P. Cendon, III, Utet, Torino, 2000, p. 218.

<sup>144</sup> A. DE CUPIS *sub* art. 235 c.c., *op. cit.*, p. 25, rileva come in realtà la dottrina sia divisa in merito al rapporto tra atto di nascita e l'azione in questione; mentre, infatti per alcuni scrittori, l'azione non ha per presupposto l'esistenza dell'atto di nascita atteso che quest'ultimo svolge funzioni meramente probatorie dello *status*, secondo altri, assumendo che l'atto di nascita ha la funzione di investitura dello *status*, ritengono che l'azione di disconoscimento della paternità non è proponibile senza l'atto di nascita "proprio perché mancando tale atto non v'è presunzione di paternità cui sia da togliere operatività mediante la detta azione, né stato di figlio legittimo da eliminare coll'azione medesima".

l'esistenza del titolo di stato di figlio legittimo<sup>145</sup>.

In particolare, per quanto concerne il primo di essi, è stato rilevato come dottrina e giurisprudenza dominanti siano concordi nel ritenere quale requisito dell'azione che sia nato un figlio vivo<sup>146</sup>.

Mentre, infatti, l'esercizio dell'azione è stata esclusa nel caso di figlio nato morto, la stessa si è ammessa qualora il figlio nato vivo sia morto immediatamente dopo il parto.

Senza voler entrare nel merito della *querelle*, è evidente che la *ratio* della soluzione poggia in definitiva sulla circostanza che solo nell'ipotesi di nascita del figlio vivo si addivene alla formazione dell'atto di nascita da cui risulta la maternità e la paternità del figlio<sup>147</sup>.

Diversamente, ed in ogni ipotesi di nascituro concepito, si è esclusa la proponibilità dell'azione sul presupposto che mancando l'atto di nascita del figlio, manca il titolo dello stato, manca lo *status* di legittimo e quindi non sussiste l'interesse ad agire, unitamente alla considerazione per la quale la disciplina dettata a proposito dei termini di decadenza e di prove, secondo la dizione del legislatore, sembra presupporre in ogni caso la nascita del figlio.

Tuttavia, così come si è detto che l'interesse all'accertamento della paternità legittima può sorgere già prima della nascita del figlio, così si può sostenere che l'interesse a disconoscere l'aspettativa della paternità può in concreto verificarsi prima della nascita del figlio e della formazione del titolo di stato di questo.

A tal proposito, già in passato si è evidenziato come ipotesi del genere possono in concreto verificarsi ma di fronte all'esigenza di salvare la certezza dello *status*, ogni altro interesse con esso configgente avrebbe dovuto piegarsi in nome della primato accordato alla famiglia legittima<sup>148</sup>.

Di fronte all'ipotesi del padre emigrato da anni in un lontano continente il quale avesse avuto contezza dell'iniziale stato di gravidanza della moglie, si riteneva di dover attendere la nascita del figlio e la formazione del titolo dello stato per legittimare il

---

<sup>145</sup> M. SESTA, *Le azioni di disconoscimento, di contestazione e di reclamo di legittimità*, op. cit., p. 67 ss.

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 67 ed ivi ampiamente *sub* nota (24).

<sup>147</sup> E, quindi, si ha il secondo presupposto.

presunto padre legittimo a contestare il proprio stesso *status* di legittimo scattato in forza della presunzione di paternità.

Invero, è da rilevare come secondo una differente interpretazione della disciplina positiva sia possibile configurare l'interesse all'azione di disconoscimento della paternità anche prima della nascita del figlio.

La progressiva rilevanza e precisione acquisita dalla prova medico - scientifica attraverso i risultati degli esami ematici e genetici - posta in primo piano dalla Consulta attraverso la decisione prima richiamata -, unitamente al progresso delle scienze mediche sulle indagini diagnostiche, conducono a ritenere che il principio di stabilità dello *status* debba trovare un diverso punto di equilibrio con un fondamentale valore della persona quale è l'identità biologica.

E non pare in discussione che esigenze prorompenti legate alla salute e/o alle ricerche medico - scientifiche relative, impongano oggi, nel bilanciamento tra i due interessi in gioco, di valutare con maggiore prudenza quando ed in che misura debba prevalere la "certezza" dello *status* di legittimo e quando la "certezza" dell'identità biologica della persona.

La soluzione che viene suggerita dalla Corte Costituzionale nelle due pronunce gemelle quanto a motivazione<sup>149</sup>, conduce ad ipotizzare una primordiale "condizione" della paternità che trova il suo immediato referente nel diritto all'identità biologica inteso quest'ultimo come situazione giuridica soggettiva di conoscenza o conoscibilità del proprio patrimonio genetico quanto ad origine e trasmissione.

Né si può porre in discussione che tale diritto fondamentale della persona presupponga in ogni caso di essere comparato con il corrispondente diritto di colui cui si relaziona e, pertanto, con il diritto del figlio ad autodeterminarsi in ordine alla conoscenza della propria identità biologica<sup>150</sup>.

Tuttavia, si può sostenere, altresì, che prima della nascita del figlio, il diritto all'identità biologica del padre prevale sul diritto all'identità biologica di chi, secondo il diritto vigente, persona ancora formalmente non è, giusto il disposto dell'art. 1 c.c.,

---

<sup>148</sup> V. ADAMI, *Sul disconoscimento del nascituro*, nota a Corte Cost., 6 maggio 1985, n. 134, in *Dir. fam. pers.*, 1985, I, p. 397 ss.

<sup>149</sup> Ed anche nella medesima composizione collegiale.

consentendo così al presunto padre legittimo di agire in disconoscimento senza dover attendere la nascita e la formazione del titolo di stato in capo al nascituro.

Allo stesso modo, si può desumere dalla decisione della Corte Costituzionale che l'esigenza di garantire l'esercizio del diritto di azione di cui all'art. 24 Cost. per la tutela del diritto all'identità biologica della persona, può prevalere sulla certezza dello *status* del nascituro, atteso che il medesimo *status*, sia esso derivato o meno dall'atto di nascita, presuppone in ogni caso la nascita del soggetto cui si riferisce.

Non esistono ragioni, quindi, per escludere il presunto padre legittimo dal contestare la non paternità già durante la fase di gestazione consentendogli quantomeno di radicare l'azione *ex art.* 235 c.c. e di apprestare *medio tempore* le prove ematologiche e genetiche da confrontare a nascita avvenuta con i dati provenienti dal bambino<sup>151</sup>.

Tale soluzione, che si pone in linea con la novellata disciplina dell'azione di disconoscimento in ordine al superamento dei limiti probatori nonché con le ricordate decisioni della Consulta in merito alla decorrenza dei termini di decadenza per l'esercizio dell'azione nell'ipotesi in cui legittimato attivo sia il presunto padre legittimo, potrebbe consentire di addivenire - nell'imminenza della nascita - ad una fase di momentanea sospensione nella redazione dell'atto di nascita in attesa dei risultati delle prove ematiche, che priverebbe la madre coniuge del "monopolio" nell'attribuzione della legittimità del figlio e di conseguenza della paternità legittima del coniuge.

Non v'è ragione, infatti, perché l'ordinamento consenta alla madre di escludere la paternità legittima del coniuge al momento della nascita del figlio dichiarandolo figlio naturale altrui anche nell'ipotesi in cui il figlio sia stato concepito dal marito, mentre il marito che è attualmente certo della propria non paternità, perché ad esempio malato ovvero lontano, deve in ogni caso attendere la formazione del titolo dello stato di legittimo per far valere successivamente la propria personale e certa situazione di non

---

<sup>150</sup> E. CARBONE, *Informationelle Selbstbestimmung e diritto alla prova negli accertamenti di discendenza*, *op. cit.*, p. 902.

<sup>151</sup> Salvo chiedersi chi possa dare il consenso per il prelievo del bimbo appena nato; non il presunto padre legittimo che ha agito in disconoscimento, piuttosto la madre partoriente se ha interesse ad un disconoscimento celere della paternità del marito.

paternità<sup>152</sup>.

In tal modo, almeno, si potrebbe bilanciare quella “signoria” di cui allo stato attuale è investita la madre coniugata nell’attribuire al figlio lo *status* di legittimo ovvero di naturale altrui attraverso la dichiarazione di nascita.

Si è visto, quindi come, la categoria concettuale dello *status* non sia in grado di contenere la dimensione della paternità prima della nascita, né in positivo per accertare il rapporto di paternità legittima, né in negativo, perché non consente al presunto padre legittimo di disfarsi della presunzione di paternità nelle ipotesi in cui sussiste la certezza personale della non paternità.

Per superare l’*impasse* rappresentato dallo *status* si potrebbe configurare *de iure condendo* una modalità di imputazione della paternità che si fonda sul diritto all’identità biologica della persona<sup>153</sup>, la quale si limita non di meno ad accertare una condizione giuridicamente rilevante senza, tuttavia, attribuire ancora alla persona, quei diritti, doveri, potestà riferibili alla nozione di “responsabilità genitoriale”.

## **5. L’accertamento volontario della paternità naturale al momento della nascita secondo il sistema dello *status*. Rilevanza dell’atto di nascita.**

Si è detto nelle pagine che precedono come l’accertamento della paternità legittima conseguente alla formazione del titolo di legittimo del figlio sia in un certo senso “governata” dalla volontà della madre coniugata, la quale potendo avvalersi della facoltà di non essere nominata al momento del parto, (oltre che per la volontà di

---

<sup>152</sup> In tal modo, si potrebbe obiettare, muta la natura dell’azione di disconoscimento che da “costitutiva” diviene di “accertamento negativo”, ma almeno si utilizza un istituto giuridico esistente secondo l’interpretazione che di esso ne sta dando la Corte Costituzionale in conformità alle diverse ed emergenti esigenze della realtà sociale.

<sup>153</sup> P. ZATTI, *Il diritto della filiazione: dal dominio dei modelli al problema degli interessi*, op. cit., p. 84, ove l’a. pone in evidenza come il titolo di padre si fonda nel nostro sistema giuridico nel puro fattore biologico. L’a. distingue la responsabilità da filiazione a seconda che si sia all’interno o fuori dell’istituzione del matrimonio e sottolinea come “fuori del matrimonio il puro legame biologico fonda non soltanto una responsabilità per le conseguenze di un atto procreativo voluto o casuale, ma l’acquisto della funzione di padre del procreato: il compagno occasionale, e, se ci si ferma alla lettera della legge,

dichiarare il figlio come naturale altrui, cioè non concepito dal marito), esclude per sé sola la formazione dello *status* di legittimità del figlio<sup>154</sup>.

Tuttavia, è chiaro che ai sensi dell'ordinamento di stato civile, se non sussiste tale condizione negativa (nonché se non si verifica l'ipotesi di cui *supra*), chiunque dei soggetti legittimati alla dichiarazione di nascita, cioè uno dei genitori, o un loro procuratore speciale, il medico o l'ostetrica o altra persona che ha assistito al parto<sup>155</sup>, dichiarando la nascita, fa sì che sia formalmente accertato lo *status* di padre legittimo nella misura in cui, indicando la maternità come maternità di donna coniugata, consente all'ufficiale di stato civile di redigere un atto di nascita, contenente i dati relativi ai genitori legittimi, che vale come titolo dello stato di figlio legittimo<sup>156</sup>; in tal senso depone l'art. 29, comma 1° del d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396<sup>157</sup>. Da qui l'accertamento del corrispondente *status* di padre.

In conclusione, nell'ipotesi di paternità nel matrimonio, è evidente che per quanto il comportamento attivo in negativo della madre (“*mi avvalgo della facoltà di non essere nominata*”) escluda l'accertamento della paternità legittima, è senz'altro sostenibile che il suo stesso comportamento passivo (o meglio inerte) comporti l'automatico acquisto della qualità di padre legittimo.

---

perfino chi fa violenza ha titolo di riconoscere il figlio, e trova ostacolo solo in una opposizione della donna, peraltro superabile con provvedimento del Tribunale dei minori”.

<sup>154</sup> Corte Cost., 5 maggio 1994, n. 171, in *Fam. e dir.*, 1994, p. 376 ss. con nota di L. CEI, *Lettera a un padre (giuridicamente) mai nato*. Secondo la Corte “deve, altresì, rilevarsi che qualunque donna partoriente, ancorché da elementi informali risulti trattarsi di coniugata, può dichiarare di non voler essere nominata nell'atto di nascita. Ove l'ufficiale di stato civile abbia regolarmente redatto l'atto di nascita nei modi dalla legge prescritti per i casi di bambini denunciati come nati da genitori ignoti e in difetto del possesso di stato, manca il titolo essenziale perché si possa considerare legittima la maternità. Non risultando il nome della partoriente - anche se si assuma *ex aliunde* essere coniugata - non è possibile individuare il marito della stessa, né rendere operativa la presunzione di paternità di cui all'art. 231 del codice civile”.

<sup>155</sup> Ai sensi dell'art. 30, comma 1° d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396, “La dichiarazione di nascita è resa da uno dei genitori, da un procuratore speciale, ovvero dal medico o dalla ostetrica o da altra persona che ha assistito al parto, rispettando l'eventuale volontà della madre di non essere nominata”. Sull'interpretazione “estensiva” della categoria dei soggetti legittimati, cfr., Cass., Sez. I, 28 marzo 1984, n. 2049, in *Dir. fam. per.*, 1984, I, p. 508.

<sup>156</sup> A. RENDA, *L'accertamento della maternità: anonimato materno e responsabilità per la procreazione*, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 511.

<sup>157</sup> A. MUSIO, F. NADDEO, *Il nuovo ordinamento dello stato civile*, a cura di P. Stanzione, Giuffrè, Milano, 2001, p. 141 ss.

In altre parole, nel matrimonio, se la donna partorienta non fa nulla, - cioè né dichiara di non voler essere nominata, né dichiara il figlio come naturale altrui - il di lei marito acquista “automaticamente” la qualità di padre legittimo.

Diversamente, nell’ipotesi di filiazione da genitori non coniugati, la novellata disciplina dell’ordinamento di stato civile prevede che i soggetti legittimati alla dichiarazione di nascita<sup>158</sup> possono dichiarare la nascita e i dati relativi alla nascita - salva sempre l’eventuale volontà della madre di non essere nominata - ma precisa il comma 2° dell’art. 29 d.p.r. n. 396/2000, nell’atto di nascita non possono menzionarsi le indicazioni di “generalità, cittadinanza e residenza” dei genitori se questi non rendono la dichiarazione di riconoscimento di filiazione naturale o non hanno espresso con atto pubblico il loro consenso ad essere nominati<sup>159</sup>.

In sostanza, nell’ipotesi di filiazione naturale o la dichiarazione di nascita proviene dai genitori, o la madre o il padre, o entrambi che con la dichiarazione di nascita effettuano il riconoscimento del proprio figlio naturale<sup>160</sup>, oppure, se la dichiarazione di nascita proviene dagli altri e diversi soggetti legittimati (l’ostetrica ad esempio), l’ufficiale di stato civile non può redigere un atto di nascita contenente le generalità dei genitori se questi ultimi non hanno consentito in atto pubblico ad essere nominati<sup>161</sup>.

---

<sup>158</sup> I medesimi della filiazione legittima.

<sup>159</sup> Tale sembra essere l’interpretazione preferibile anche se letteralmente la norma dispone “Nell’atto di nascita sono indicati il luogo, l’anno, il mese, il giorno e l’ora della nascita, le generalità, la cittadinanza, la residenza dei genitori legittimi nonché di quelli che rendono la dichiarazione di riconoscimento di filiazione naturale e di quelli che hanno espresso con atto pubblico il proprio consenso ad essere nominati, il sesso del bambino e il nome che gli viene dato ai sensi dell’art. 35”.

<sup>160</sup> S. ARENA, *Riconoscimento fatto nell’atto di nascita. - Peculiarità. - Dichiarazione di nascita con riconoscimento impossibile per difetto di età. - Relazione con le norme della legge sull’adozione*, in *Stato civ.*, 1994, p. 643 ss.

<sup>161</sup> L. CARRARO, *sub art. 250 c.c., op. cit.*, p. 98, il quale risolve l’apparente questione della compatibilità tra il principio volontaristico dell’ordinamento positivo italiano e il principio di cui all’art. 1 della Convenzione di Bruxelles del 12 settembre 1962 (*Convention relative à l’établissement de la filiation maternelle des enfants naturelles*) secondo il quale “se una donna è designata nell’atto di nascita di un figlio nato fuori matrimonio come madre di quest’ultimo, la filiazione materna è accertata con tale designazione. Questa filiazione può tuttavia essere impugnata”; in realtà, dice l’a. il problema non è quello di adeguare la nostra legislazione al principio di cui all’art. 1 della Convenzione, ma di stabilire “in quali condizioni e da chi la donna possa essere designata come madre al momento della redazione dell’atto di nascita”, ben potendo la donna non essere designata nell’atto di nascita secondo l’art. 2 della



Si è rilevato, infatti, come tali circostanze, “secondo l’interpretazione corrente e ricavabili dalle stesse formule ministeriali predisposte per gli atti di nascita<sup>162</sup>, equivalgono a riconoscere il proprio figlio naturale, a differenza di quanto avviene in altri Stati in cui è prescritta una esplicita dichiarazione di riconoscimento”<sup>163</sup>.

Affinché quindi nell’atto di nascita del figlio di genitori non coniugati compaia l’indicazione della madre o del padre nell’ipotesi in cui la dichiarazione di nascita provenga dagli altri soggetti legittimati, è necessario un atto “formale” del o dei genitori, a prescindere dalla circostanza che la donna partorienti abbia scelto al momento del parto, l’anonimato.

Invero, anche se la donna non si è avvalsa della facoltà di non essere nominata, affinché nell’atto di nascita del figlio compaia il suo nome - da cui l’accertamento dello *status* di madre - occorre o che la dichiarazione di nascita provenga dalla medesima, o che risulti il suo consenso espresso in atto pubblico ad essere nominata, cioè la volontà “in positivo” della donna<sup>164</sup>.

La formulazione originaria dell’articolo in esame depone in tale direzione

---

stessa Convenzione (in tale ipotesi, è prevista la facoltà della stessa di rendere una dichiarazione di riconoscimento davanti all’autorità competente).

<sup>162</sup> “Nelle quali la dichiarazione della nascita del bambino è seguita, in caso di filiazione naturale, dalla specificazione che il bambino è nato dall’unione naturale di chi dichiara con persona non sua parente né affine “nei gradi che ostano al riconoscimento ai sensi dell’art. 251 del codice civile”, A. MUSIO, F. NADDEO, *Il nuovo ordinamento dello stato civile*, op. cit., p. 151 sub nota (18).

<sup>163</sup> *Ibidem*, p. 151.

<sup>164</sup> Su tale conclusione è doveroso segnalare la Convenzione europea sullo stato giuridico dei figli nati fuori del matrimonio (*European Convention out Wedlock, o Convention européenne sur le status Juridique des enfants nés hors mariage*, in *European Treaty series*, n. 85) firmata a Strasburgo il 15 ottobre 1975: ai sensi di tale Convenzione, firmata in data 11 febbraio 1981 dall’Italia ma non ancora ratificata “La filiazione materna di ogni figlio nato fuori del matrimonio è stabilita dal solo fatto della nascita del bambino” (art. 2); cfr., G. CATTANEO, *Convenzioni europee e leggi interne in tema di adozione dei minori e di trattamento dei figli naturali*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, II, p. 319 ss., ove l’a. rileva “l’evidente contrasto tra la convenzione e il nostro codice civile con riguardo alla soluzione di un problema tra i più importanti, e cioè con riguardo all’accertamento della filiazione naturale materna”. Segnatamente, occorre rilevare come il permanere del principio volontaristico sia in contrasto con la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, la quale nella sentenza resa nel noto caso *Marckx*, ha statuito che violano la Convenzione di Roma del 1950 quelle legislazioni nazionali che fanno dipendere dal riconoscimento la costituzione del vincolo giuridico tra madre e figlio. Il parametro di riferimento invocato dalla CEDU è rappresentato dall’art. 8 n. 1 della Convenzione nel quale si garantisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare in combinato disposto con l’art. 14 che proibisce le

stabilendo all'art. 73 comma 2, r.d. 9 luglio 1939 n. 1238 (*Ordinamento dello stato civile*) che “se la nascita è da unione illegittima, le enunciazioni sopra indicate - cioè “il nome e cognome, l'età, la cittadinanza o il rapporto di sudditanza, la razza, la professione e la residenza del padre e della madre”- dovranno essere fatte soltanto per il genitore o per i genitori che personalmente renderanno la dichiarazione di nascita, o che hanno fatto constare per atto pubblico del proprio consenso ad essere nominati”.

Nella filiazione naturale, a prescindere dall'ipotesi in cui la madre scelga l'anonimato, nell'eventualità che ciò non avvenga, tale comportamento inerte della partoriente non vale a costituire automaticamente lo *status* di madre, né può valere al fine di individuare la qualità di padre; ciò che si è detto accade nel matrimonio.

Nell'ipotesi in cui manchi la cornice matrimoniale, l'emersione della “paternità naturale” è rigorosamente collegata al sistema di accertamento dello *status* di filiazione *ex latere patris*.

Più in generale, è stato efficacemente posto in luce come l'assenza di un vincolo giuridicamente impegnativo tra i genitori fa sì che le relazioni del figlio con ciascuno dei genitori che lo ha riconosciuto siano distinte e autonome<sup>165</sup> così come distinti e autonomi sono gli atti di accertamento della filiazione nei confronti del padre e della madre<sup>166</sup>.

Se, infatti, l'esistenza di un matrimonio poteva al limite far emergere “un'aspettativa di paternità” anticipata rispetto alla costituzione dello *status* del figlio, perché operavano le presunzioni di legge, nell'ipotesi, in cui manchi il matrimonio, l'accertamento della paternità naturale a seguito della nascita del figlio dipende di regola dalla volontà del padre biologico di riconoscere il figlio, da solo o congiuntamente al riconoscimento della madre, ovvero dalla volontà della madre che effettuando per prima il riconoscimento del figlio può opporsi al successivo riconoscimento del padre; ovvero dall'accoglimento della domanda di accertamento giudiziale della paternità<sup>167</sup>.

---

discriminazioni in ragione della nascita. Tuttavia, per quanto vi sia stata la condanna della CEDU, ad oggi la legislazione nazionale italiana non sembra aver mutato prospettiva.

<sup>165</sup> Così è per la disciplina del nome, l'esercizio della potestà, etc.

<sup>166</sup> G. FERRANDO, *La filiazione naturale e la legittimazione*, op. cit., p. 119.

<sup>167</sup> Secondo la legge di riforma del diritto di filiazione approvata dal Parlamento tedesco il 25 settembre 1997, cfr., H. DIETER *La riforma del diritto di filiazione in Germania*, a cura di S. Patti, in *Annuario dir.*

Si è detto, “di regola” perché come si vedrà nel prosieguo del discorso, diversamente opera il sistema dell’accertamento dello *status* nel caso del riconoscimento del nascituro purché concepito (art. 254, comma 1° c.c.)<sup>168</sup>.

Al fine di rendere più agevole il discorso è opportuno delineare alcune ipotesi che in concreto si possono verificare nel caso di filiazione naturale al momento della nascita del figlio.

1) “Scelta” dell’anonimato della partoriente ed inerzia della stessa nel “riconoscimento” (nella dichiarazione di nascita nonché nel consenso espresso in atto pubblico ad essere nominata).

In primo luogo, può succedere che la donna partoriente si avvalga al momento del parto della facoltà di non essere nominata; in tal caso, il personale che ha assistito al parto formerà l’attestazione di avvenuta nascita<sup>169</sup> senza indicare le generalità della

---

*ted.*, 1998, Giuffré, Milano, p. 33 ss., mentre la madre di un figlio ai sensi del paragrafo 1591 è categoricamente “la donna che lo ha partorito”, la paternità si attribuisce - secondo il paragrafo 1592 BGB -, all’uomo 1. che al momento della nascita è sposato con la madre; 2. che ha riconosciuto la paternità, oppure 3. la cui paternità è accertata giudizialmente secondo il paragrafo 1600d. Diversamente, la formulazione precedente la riforma, definiva padre l’uomo che ha generato il bambino, A. DIURNI, *La riforma del quarto libro del BGB: il nuovo diritto di filiazione*, a cura di S. Patti in *Annuario dir. ted.*, 1998, Giuffré, Milano, p. 54 ss.

<sup>168</sup> Si rinvia al paragrafo 5.1. di questo capitolo.

<sup>169</sup> A. MUSIO, F. NADDEO, *Il nuovo ordinamento dello stato civile*, *op. cit.*, p. 148, rilevano come l’ultimo elemento che concorre alla formazione dell’atto di nascita sia la menzione del modo in cui l’ufficiale dello stato civile ha assolto l’obbligo di accertare la verità dell’evento nascita ai sensi dell’art. 29, comma 6° e 7°. Il principio di semplificazione della procedura amministrativa, infatti, ha eliminato il potere che l’ufficiale di stato civile aveva di esigere la presentazione del neonato (o della possibilità per i genitori di effettuare tale presentazione). Attualmente la veridicità della nascita va accertata attraverso l’attestazione o la *dichiarazione sostitutiva* di cui all’art. 30, comma 1° e 3°. Sotto la vigenza del r.d. 9 luglio 1939, n. 1238, il dichiarante, che non fosse il medico o l’ostetrica, doveva esibire il certificato sanitario di assistenza al parto di cui all’art. 18, comma 2° del r.d. 15 ottobre 1936, n. 2128. Il riferimento al certificato di assistenza al parto è scomparso in seguito alla sostituzione di questa disposizione ad opera dell’art. 2 legge 15 maggio 1997, n. 127 (c.d. *Bassanini - bis*), il quale ha innovato radicalmente il contenuto dell’art. 70; tuttavia, le successive circolari del Ministero di Grazie e Giustizia del 23 maggio 1997 e del 1° agosto 1997 hanno continuato a raccomandarne al direttore sanitario del centro di nascita l’allegazione alla dichiarazione di nascita oppure la consegna al genitore che volesse iscrivere l’atto nel proprio comune di residenza. Infine, l’art. 8, comma 2° d.p.r. 20 ottobre 1998, n. 403 ha espressamente vietato all’ufficiale dello stato civile di ricevere o richiedere alla direzione sanitaria il suddetto certificato che è stato sostituito da una attestazione contenente i soli dati richiesti nei registri di nascita. Inoltre, come

partoriente<sup>170</sup>; tale facoltà, come si è detto, è espressamente prevista dall'art. 30, comma 1° del novellato ordinamento dello stato civile e rappresenta una regola che nasce da una tradizione secolare comune all'Italia e a pochi altri paesi europei tra i quali sembra sopravvivere ancora in Francia e in Lussemburgo<sup>171</sup>.

In tale evenienza, la scelta dell'anonimato materno in uno con la mancata volontà di riconoscere il figlio *ex latere matris* - "a parte il caso pur ipotizzabile, (ma statisticamente raro) in cui alla scelta della donna partoriente di non figurare nell'atto di nascita si accompagni quella del partner di riconoscere il figlio alla nascita"- fa sì che i soggetti legittimati a rendere la dichiarazione di nascita non possano fornire indicazioni relative alla madre, di guisa che si forma un atto di nascita che non contiene le indicazioni dei genitori e si avvia il procedimento del Tribunale dei minorenni affinché

---

già ricordato, l'art. 30, comma 3°, prevede che "se la puerpera non è stata assistita da personale sanitario, il dichiarante che non è neppure in grado di esibire l'attestazione di avvenuto parto, produce una dichiarazione sostitutiva resa ai sensi dell'art. 2 della legge 4 gennaio 1968, n. 15".

<sup>170</sup> L'attestazione di avvenuta nascita ai sensi dell'art. 30, comma 2°, ord. stato civile deve contenere "le generalità della puerpera nonché le indicazioni del comune, ospedale, casa di cura o altro luogo ove è avvenuta la nascita, del giorno e dell'ora della nascita e del sesso del bambino". Di rilevante interesse è la questione relativa alla natura di tale atto di attestazione; sul punto, G. M. UDA, *Presunzione di paternità e prove della filiazione legittima*, op. cit., p. 90 rileva come esso costituisca un atto amministrativo di mero accertamento; G. SALA, voce "Certificati e Attestati", nel *Digesto, Disc. pubb.*, II, Utet, Torino, 1987, p. 537. La circolare 22 febbraio 1999 n. 1/50 del Ministero di Grazia e Giustizia, *Regolamento di attuazione sulla semplificazione delle certificazioni amministrative*, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale - Serie generale* - n. 46 del 25 febbraio 1999, chiarisce la differenza tra l'attestazione di nascita e la dichiarazione di nascita, specificando come la prima debba essere rilasciata esclusivamente dal personale sanitario che ha assistito al parto o che lo ha accertato in un momento successivo e riguarda il fatto fisiologico dell'avvenuto parto di un bambino (o di più, se si tratta di parto plurimo) da una certa donna. Tale attestazione che va compilata sia nel caso della filiazione legittima che in quello della filiazione naturale, "deve necessariamente contenere il dato relativo al nome della puerpera che va intesa solo come partoriente ma non ancora come madre.[...]". In ogni caso va confermato che le generalità della donna che ha partorito devono essere riportate nell'attestato sanitario, rappresentando la relativa indicazione un imprescindibile dato di verità reale che serve a provare, sotto l'aspetto clinico ed in vista della successiva registrazione della nascita, che è nato e da chi è nato. Così come alla predetta funzione di prova era destinato il certificato di assistenza al parto ora soppresso. La stessa circolare, specifica come tale documento possa essere utilizzato esclusivamente come allegato alla dichiarazione di nascita.

<sup>171</sup> L. LENTI, *Adozione e segreti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, p. 241. Per la disciplina francese si veda J. LONG, *La Corte europea dei diritti dell'uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informazioni sulle proprie origini: il caso Odièvre c. Francia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, p. 283 ss; A. RENDA, *La sentenza O. c. Francia della Corte europea dei diritti dell'uomo. Un passo indietro rispetto all'interesse a conoscere le proprie origini biologiche*, nota a Corte Europea dei diritti dell'uomo, 13 febbraio 2003, in *Familia*, 2004, II, p. 1109 ss.

il nato acquisti lo stato di adottabilità<sup>172</sup>.

L'art 11, comma 2° della l. 4 maggio 1983, n. 184, testualmente prevede che nel caso in cui non risulti l'esistenza dei genitori naturali che abbiano riconosciuto il minore o la cui paternità o maternità sia stata dichiarata giudizialmente, il Tribunale per i minorenni, senza eseguire ulteriori accertamenti, provvede immediatamente alla dichiarazione dello stato di adottabilità, a meno che non vi sia richiesta di sospensione della procedura da parte di chi, affermando di essere uno dei genitori naturali, chiede termine per provvedere al riconoscimento.

In tale ipotesi, quindi, nella scelta dell'anonimato della madre al momento del parto e nella formazione dell'atto di nascita del figlio, la "paternità naturale" dell'uomo può emergere a seguito della dichiarazione di nascita proveniente dal padre biologico corredata dalla attestazione di nascita del figlio (che non conterrà le indicazioni relative alla partoriente); ovvero dalla dichiarazione di nascita proveniente dagli altri soggetti legittimati - senza indicazioni relative alla madre - accompagnata, oltre che dalla attestazione di nascita del figlio (che sempre non conterrà l'indicazione della partoriente), da un "atto pubblico" contenente il consenso espresso dal padre biologico ad essere inserito nell'atto di nascita del figlio.

In tal senso, infatti, depone l'interpretazione letterale dell'art. 29, comma 2°, del nuovo ordinamento dello stato civile.

Ma a questo proposito occorre svolgere una riflessione che nasce da un interrogativo: che valore assume l'atto pubblico contenente il consenso espresso di un genitore ovvero dell'altro ad essere nominati nell'atto di nascita del figlio?

Da un punto di vista strettamente pratico, si potrebbe rispondere, e si risponde<sup>173</sup>, che tale "atto pubblico" di cui all'art. 29, comma 2°, altro non è che un "riconoscimento" prenatale *ex art. 254, comma 1° c.c.*

---

<sup>172</sup> A tale proposito, merita una breve parentesi la questione che all'inverso si pone per il figlio adottato di poter accedere alle informazioni relative alla propria origine biologica. Come è noto, infatti, tale diritto è stato espressamente configurato nella legge sull'adozione, ma per la peculiarità degli interessi che tocca esso deve essere letto in concomitanza con il codice sui dati personali e la legge sull'accesso ai documenti amministrativi.

<sup>173</sup> Tale risposta nasce dai colloqui tenuti con alcuni ufficiali di stato civile incontrati nel corso del Convegno di Studi, *Filiazione e Ordinamento dello stato civile. I rapporti genitori-figli tra innovazioni legislative e mutamenti sociali*, Castel San Pietro Terme (Bo), 26-27 settembre 2007, Accademia degli Ufficiali di Stato civile, Anagrafe ed Elettorale.

Tuttavia, la norma del citato d.p.r., pur potendo riferirsi a tale modalità di riconoscimento, ha preferito utilizzare un'altra e differente dizione terminologica.

Del resto, vedremo nel prosieguo del discorso, che se quell'atto pubblico contenente il consenso espresso del padre ad essere nominato nell'atto di nascita del figlio si identificasse esclusivamente con il suo stesso riconoscimento prenatale, in mancanza del riconoscimento materno (oltre che per la scelta dell'anonimato di quest'ultima), quello stesso atto pubblico sarebbe giuridicamente invalido attesa l'impossibilità di contenere le indicazioni dell'altro genitore, cioè la madre (art. 258, comma 2° c.c.) con la conseguente impossibilità di identificazione del concepito nascituro; a meno di non voler ipotizzare un atto di riconoscimento originariamente nullo ma suscettibile di sanatoria e di produrre effetti giuridici una volta nato il figlio, o meglio, identificato quest'ultimo attraverso la redazione dell'atto di nascita.

Se, cioè la puerpera oltre che avvalersi della facoltà di non essere nominata non procede al riconoscimento del figlio al momento della nascita presentando personalmente la dichiarazione di nascita, e se si assume che l'atto pubblico contenente il consenso ad essere nominati si identifica esclusivamente nel riconoscimento prenatale, il presunto padre biologico, in tale situazione non avrebbe altra scelta per accertare la paternità che presentarsi personalmente per rendere la dichiarazione di nascita del figlio.

In tal modo, tuttavia, perderebbe di significato sia la previsione normativa che estende la platea dei soggetti legittimati a rendere la dichiarazione di nascita, sia quella che testualmente prevede la facoltà di presentare all'ufficiale di stato civile un atto pubblico contenente il consenso del padre ad essere nominato nell'atto di nascita del figlio.

Per tali ragioni, si dubita, quindi, che quell'atto pubblico contemplato dall'art. 29, comma 2° si identifichi esclusivamente con il riconoscimento del nascituro *ex art.* 254, comma 1° c.c.

A tale proposito, si prospetta una delicata questione interpretativa, quella cioè relativa al rapporto tra l'atto pubblico contenente il consenso espresso del genitore ad essere nominato nell'atto di nascita del figlio e il valore dell'attestazione di nascita, specie di quella che contiene le generalità della partoriente; per ragioni di economia espositiva, trattandosi di un argomento che tocca l'accertamento della maternità si rinvia

alle considerazioni espresse in nota<sup>174</sup>.

In linea di principio, si può affermare che nella fattispecie di scelta dell'anonimato della madre accompagnata dalla mancata volontà di quest'ultima di riconoscere il figlio naturale, l'accertamento della "paternità naturale", si "conclude" per effetto della registrazione della dichiarazione di nascita proveniente dal padre biologico<sup>175</sup> quale risulta trasfusa nell'atto di nascita del figlio, cioè appare in ultima analisi rigorosamente subordinato alla nascita del figlio.

## 2) *Inerzia della partoriente nell'anonimato e nel riconoscimento.*

Un'altra ipotesi che si può verificare al momento del parto è che la partoriente non si avvalga della facoltà di non essere nominata; ferma l'imprescindibile menzione del suo nominativo nell'attestazione di avvenuta nascita (se ne è possibile la redazione,

---

<sup>174</sup> A tal proposito, si profila l'interrogativo prospettato poc'anzi a proposito del valore dell'attestazione di nascita: che valore ha l'attestazione di nascita contenente le generalità della partoriente che non si è avvalsa della facoltà di non essere nominata al momento del parto? Potrebbe valere come atto pubblico di consenso al riconoscimento richiesto dall'ordinamento di stato civile al fine di consentire l'indicazione della madre nell'atto di nascita, qualora la dichiarazione di nascita non provenga dalla partoriente? Cioè, in altre parole, potrebbe il padre biologico rendere la dichiarazione di nascita corredata all'attestazione di nascita contenente il nome della madre che vale anche quale atto pubblico di consenso della madre ad essere nominata nell'atto di nascita del figlio ai sensi dell'art. 29, comma 2°? Si ritiene che la risposta richieda di risolvere preliminarmente due quesiti. Il primo, attiene alla natura ed al valore attribuibile all'attestazione di nascita ed all'eventuale dichiarazione sostitutiva di cui all'art. 2 della legge 4 gennaio 1968, n. 15. Tale problema presuppone di risolvere la questione se tale atto sia da considerare un "certificato" o una "attestazione", secondo la classificazione prospettata dal diritto amministrativo, cfr. G. SALA, voce "Certificati e Attestati", *op. cit.*, p. 536. La seconda questione, ammesso e non concesso che l'attestazione di nascita abbia valore di atto pubblico fino a querela di falso, è se il comportamento passivo della gestante al momento del parto nella "scelta" dell'anonimato - dal quale segue l'inserzione del nominativo della partoriente ad opera del personale sanitario nell'attestazione di nascita - possa equivalere a quel consenso proveniente dalla stessa gestante ad essere nominata nell'atto di nascita, come richiede l'art. 29, comma 2° dell'ordinamento di stato civile.

<sup>175</sup> Salva la facoltà di presentare un atto pubblico contenente il consenso del padre ad essere nominato, che equivale a riconoscimento, anche se non necessariamente del nascituro, potendo, in ipotesi, il padre immediatamente dopo la nascita trovarsi nell'impossibilità fisica di rendere personalmente la dichiarazione di nascita; in tal caso, la previsione dell'art. 29, comma 2° può consentirgli non di meno di dare davanti ad un notaio il proprio consenso ad essere inserito nell'atto di nascita del figlio. La fattispecie si articola, in tal caso, nella dichiarazione di nascita proveniente dai soggetti legittimati - che non siano il padre o la madre - accompagnata dall'attestazione di nascita e da un atto pubblico "notarile" contenente il consenso espresso del padre ad essere nominato nell'atto di nascita del figlio.

salva la dichiarazione sostitutiva resa ai sensi dell'art. 2 della legge 4 gennaio 1968, n. 15), anche nella c.d. denuncia di nascita potrà essere indicata come madre/partoriente.

Tuttavia, in tal caso, la partoriente non procede al riconoscimento del proprio figlio naturale attraverso la dichiarazione di nascita resa personalmente, né esprime in atto pubblico il proprio previo consenso ad essere nominata nell'atto di nascita del figlio.

La donna partoriente, quindi, pur non scegliendo l'anonimato, non può - secondo la testuale disposizione dell'ordinamento di stato civile, art. 29, comma 2° - essere identificata come madre nell'atto di nascita del figlio.

Infatti, affinché nell'atto di nascita del figlio risultino le indicazioni relative alla stessa, non basta il comportamento omissivo della partoriente nella scelta dell'anonimato atteso che l'ordinamento di stato civile richiede "la dichiarazione di riconoscimento di filiazione naturale o il consenso in atto pubblico ad essere nominati" (art. 29, comma 2°).

Invero, è da rilevare come l'inerzia della madre nel "non scegliere" l'anonimato e nel non voler riconoscere il figlio non vale ancora ad accertare il suo *status* di madre, se si assume che quest'ultimo derivi dall'atto di nascita del figlio che assume efficacia costitutiva dello *status filiationis*<sup>176</sup>.

In tale eventualità, può accadere che la dichiarazione di nascita contenente anche l'indicazione della madre sia resa autonomamente dal padre biologico, ma l'ufficiale di stato civile che forma l'atto di nascita del figlio non può trasfondere in questo attraverso la registrazione della dichiarazione di nascita il nome della madre se non risulta in atto pubblico il suo consenso ad essere nominata.

Diversamente, per il padre, il quale con la registrazione della sua personale dichiarazione di nascita trasfusa nell'atto di nascita del figlio, acquista lo *status* di "padre naturale", atteso che le sue generalità possono essere inserite nell'atto di nascita del figlio.

Lo stesso si verifica allorquando la dichiarazione di nascita contenente le generalità della madre sia resa da persona diversa dai genitori; anche in tal caso per

---

<sup>176</sup> Sulla funzione dell'atto di nascita con efficacia costitutiva dello *status* o meramente probatoria, si veda la *querelle* tra A. CICU, *In difesa del titolo di stato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 285 ss. e A. ATTARDI, *Efficacia giuridica degli atti di stato civile*, cit.



quanto la donna non abbia scelto l'anonimato e nella dichiarazione di nascita siano indicate le generalità della partoriente, quest'ultime non possono essere trasfuse nell'atto di nascita del figlio, se non vi è un atto pubblico contenente il consenso della madre ad essere nominata.

Nel caso di filiazione naturale, la scelta dell'anonimato o non della partoriente al momento del parto, incide direttamente nell'attestazione di nascita e quindi anche nella dichiarazione di nascita cui questa è allegata nel senso che quest'ultima potrà o non potrà contenere indicazioni relative alla partoriente, ma non rileva al fine dell'accertamento della qualità di madre naturale, secondo il sistema di costituzione e accertamento dello *status*.

Tuttavia, tale "scelta" o meglio "non scelta" avrà delle ripercussioni di non poco momento in un duplice ordine di direzioni.

Da un lato, infatti, è prevedibile ritenere che se a tale comportamento materno non sia seguito un "riconoscimento" del padre biologico, il figlio sarà investito di un procedimento giudiziale per conseguire lo stato di adattabilità (art. 11, comma 2°, l. 4 maggio 1983, n. 184).

Se poi a tale fase sia seguita l'adozione vera e proprio, tale figlio adottivo potrà avvalersi della facoltà di conoscere le origini biologiche della propria madre biologica grazie proprio al fatto che quest'ultima non abbia scelto l'anonimato (art. 28, comma 5° e 7°, l. 4 maggio 1983, n. 184<sup>177</sup>).

Si è detto efficacemente come tale diritto riconosciuto in capo all'adottato di conoscere l'identità dei propri genitori biologici "evidentemente ricomponesse l'identità della persona non nella forma prioritaria dell'accertamento di stato ma in quella logicamente subordinata della semplice conoscenza delle proprie origini"<sup>178</sup>.

Se diversamente, tale figlio, sia rimasto "figlio di genitori ignoti" senza

---

<sup>177</sup> La norma citata prevede al comma 5°, che "L'adottato, raggiunta l'età di venticinque anni, può accedere a informazioni che riguardano la sua origine e l'identità dei propri genitori biologici. Può farlo anche raggiunta la maggiore età, se sussistono gravi e comprovati motivi attinenti alla sua salute psico-fisica. L'istanza deve essere presentata al tribunale dei minorenni del luogo di residenza"; ed al successivo comma 7° che "L'accesso alle informazioni non è consentito nei confronti della madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata ai sensi dell'art. 30, comma 1°, del d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396".

<sup>178</sup> A. RENDA, *L'accertamento della maternità: anonimato materno e responsabilità per la procreazione, op cit.*, p. 518.

conseguire lo stato di figlio adottivo altrui, costui potrà più facilmente conseguire informazioni circa la propria madre biologica ed intentare così nei confronti di quest'ultima un'azione giudiziale di maternità naturale.

Cioè in altre parole, potrebbe dirsi che l'inerzia della partoriente nell'anonimato consentirà al figlio di identificare il legittimato passivo della citata azione di stato onde procedere agli accertamenti genetici ed ematologici appropriati.

### 3) *Inerzia nell'anonimato e riconoscimento della filiazione.*

La terza soluzione che si può prospettare - che forse è anche la più frequente - vede la partoriente non avvalersi della facoltà di partorire in anonimato e di procedere a riconoscere il proprio figlio come naturale al momento della dichiarazione di nascita<sup>179</sup>.

In tale caso, l'accertamento dello *status* di padre naturale, quale risulta dall'atto di nascita del figlio, si consegue attraverso un contemporaneo riconoscimento formale *ex latere patris*, o attraverso la contestuale (alla madre) dichiarazione di nascita del padre biologico o nella forma equipollente della presentazione dell'atto pubblico contenente il consenso del padre ad essere nominato nell'atto di nascita del figlio, sempre simultanea al "riconoscimento" materno.

Come è noto, e come si vedrà tra breve, il requisito della "simultaneità" temporale del riconoscimento del rapporto di filiazione è necessario al fine di non far scattare la facoltà - per il genitore che per primo abbia effettuato il riconoscimento - di opporsi al riconoscimento successivo dell'altro genitore<sup>180</sup>.

\*

Da tali brevi annotazioni è possibile trarre le seguenti considerazioni: il problema relativo all'accertamento della paternità naturale *al momento della nascita del figlio* attraverso il sistema dello *status* è autonomo dalle vicende che coinvolgono la partoriente.

---

<sup>179</sup> Attraverso la dichiarazione di nascita resa personalmente dalla madre, o se la dichiarazione è resa da soggetti diversi, attraverso la presentazione dell'atto pubblico contenente il consenso ad essere nominata nell'atto di nascita del figlio.

<sup>180</sup> Nel caso, ovviamente, di riconoscimento del figlio che non ha compiuto i sedici anni, il quale ai sensi dell'art. 250, comma 3° c.c., non può avvenire senza il consenso dell'altro genitore che abbia già effettuato il riconoscimento.

La disciplina positiva, infatti, nel consentire al momento della nascita del figlio un riconoscimento disgiunto indistintamente dell'uno o dell'altro genitore, agevolano per così dire l'accertamento della paternità naturale che rimane connotata da un forte componente di "volontarietà".

Tale riflessione porta a dire, altresì, che mentre l'anonimato della madre nell'ipotesi di filiazione legittima incidendo sullo *status* di figlio legittimo, incide anche sull'accertamento della paternità legittima, nel caso di filiazione naturale, la scelta dell'anonimato della madre non ha alcuna ripercussione sull'accertamento della paternità naturale conseguente alla nascita del figlio, ma rileva sotto altri profili<sup>181</sup>.

La questione è completamente diversa nell'ipotesi di riconoscimento del nascituro concepito come si vedrà nelle pagine seguenti.

### **5.1. Il riconoscimento del nascituro concepito. Insufficienza della teoria dello *status*. "La condizione" di padre biologico.**

L'accertamento della paternità naturale secondo il sistema dello *status* nella fase immediatamente seguente alla nascita del figlio pare giuridicamente "favorita" rispetto all'accertamento della paternità legittima.

Solo in quest'ultima fattispecie, infatti, la volontà della madre - coniuge può travolgere l'aspettativa della paternità legittima vuoi con la scelta dell'anonimato, vuoi attraverso una dichiarazione di nascita del figlio come naturale altrui, cioè non concepito dal marito.

Diversamente, nella filiazione naturale il sistema di costituzione ed accertamento dello *status*, quale risulta in un'ultima analisi trasfuso e documentato nell'atto di nascita del figlio, consente secondo la legislazione vigente, di far emergere la paternità naturale

---

<sup>181</sup> Per un profilo comparatistico nella legislazione francese cfr., ampiamente, A. RENDA, *L'accertamento della maternità: anonimato materno e responsabilità per la procreazione*, op. cit.; ID. *La sentenza O c. Francia della Corte europea dei diritti dell'uomo. Un passo indietro rispetto all'interesse a conoscere le proprie origini biologiche*, op. cit.; J. LONG, *La Corte europea dei diritti dell'uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informazioni sulle proprie origini: il caso Odièvre c. Francia*, op. cit.; e successivamente all'*ordonnance* n. 2005-759 del 4 luglio 2005 cit., F. GRANET-LAMBRECHTS, J. HAUSER, *Le nouveau droit de la filiation*, op. cit., p. 17 ss.

dell'uomo indipendentemente dalla volontà della madre partoriente<sup>182</sup>.

In linea teorica, potrebbe rilevarsi che l'unica persona in grado di escludere con immediatezza l'accertamento della paternità naturale dell'asserito padre biologico può essere solo un altro presunto padre biologico che abbia preventivamente proceduto al riconoscimento<sup>183</sup>.

Tuttavia, nell'ipotesi in cui il figlio non sia ancora nato, benché concepito, l'ordinamento positivo appronta una disciplina particolare che non consente al presunto padre biologico di "risultare" giuridicamente, se non successivamente alla costituzione del rapporto di filiazione con la madre.

E' noto, infatti, come l'art. 254 c.c. nell'elencare le forme in cui il riconoscimento della filiazione naturale può avvenire, preveda la facoltà di riconoscere il nascituro attraverso una apposita dichiarazione posteriore al concepimento<sup>184</sup>, davanti ad un ufficiale dello stato civile o in un atto pubblico o in un testamento, qualunque sia la forma di questo.

Tale formulazione, nella sua genericità non differenzia la posizione di un genitore o dell'altro.

Tuttavia, il novellato art. 44 del d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396 chiarisce che "il riconoscimento di un figlio nascituro può essere fatto dal padre o contestualmente a quello della gestante o dopo il riconoscimento di quest'ultima e la prestazione del suo consenso, ai sensi dell'art. 250, terzo comma, del codice civile".

Si ritiene comunemente che la preclusione giuridica alla facoltà per il padre

---

<sup>182</sup> Tranne l'ipotesi in cui la madre partoriente al momento della nascita si "precipiti" ad effettuare il riconoscimento per potersi opporre al riconoscimento "tardivo" dell'altro genitore. Ma anche in tal caso, l'ultima parola spetterà in definitiva al Tribunale per i minorenni.

<sup>183</sup> L'art. 253 c.c. prevede testualmente che "in nessun caso è ammesso un riconoscimento in contrasto con lo stato di figlio legittimo o legittimato in cui la persona si trova"; ma la dottrina più autorevole ritiene che il principio della certezza giuridica dello *status* in uno con l'efficacia preclusiva del riconoscimento comporti come conseguenza normativa l'estensione della norma anche al caso in cui si sia formato un previo stato di figlio naturale altrui, cfr. U. MAJELLO, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, op. cit., p. 81.

<sup>184</sup> Il riconoscimento del concepito può essere contenuto anche in un testamento olografo o segreto qualora il testatore abbia indicato la donna che partorerà il figlio da lui concepito; tuttavia, in tal caso il riconoscimento non avrà effetto - per le ragioni di cui *infra* - se la madre non abbia intanto riconosciuto il figlio con la conseguenza che il riconoscimento dovrà considerarsi inesistente per indeterminatezza della persona del figli, cfr. U. MAJELLO, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, op. cit., p. 114.

biologico di effettuare tempestivamente e da solo il riconoscimento del nascituro si è ancora alla disposizione secondo la quale “l’atto di riconoscimento di un solo genitore non può contenere indicazioni relative all’altro genitore”(art. 258, comma 2° c.c.).

Ed appare evidente che per identificare il concepito, al fine del suo riconoscimento, il padre biologico non potrebbe che fornire indicazioni relative alla gestante<sup>185</sup>.

Storicamente, il divieto di fornire indicazioni relative all’altro genitore si fonda sull’esigenza di tutelare l’invulnerabilità della intimità personale dell’altro genitore atteso il carattere unipersonale del riconoscimento e dei suoi effetti<sup>186</sup> con la conseguenza che tale divieto è stato ritenuto operante solo nel caso in cui “l’altro genitore” non abbia provveduto al riconoscimento; se, invece, un figlio è già stato riconosciuto dall’altro genitore, il secondo riconoscimento può contenere liberamente le indicazioni dell’altro genitore<sup>187</sup>.

Invero, tale conclusione, non è unanimemente condivisa in dottrina in seno alla quale vi è chi sostiene che il divieto di fornire indicazioni relative all’altro genitore continui ad operare anche se per ipotesi quest’ultimo abbia già effettuato il riconoscimento<sup>188</sup>.

La conclusione, nell’una e nell’altra posizione, non è di poco momento e comporta differenti soluzioni allorché si tratti di applicarla nell’ipotesi in cui il padre biologico voglia procedere al riconoscimento del proprio figlio ancorché solo concepito (art. 245, comma 1° c.c.).

Prima di articolare le differenti alternative percorribili, è opportuno chiarire un punto sul quale sembra vi sia l’accordo della dottrina, tranne una isolata e non meglio

---

<sup>185</sup> Nell’art. 258 ult. comma del progetto preliminare era prevista la facoltà di indicare la madre per la necessità di identificare la persona del figlio. Tale norma è stata soppressa in nome della preminente esigenza di tutelare l’intimità personale dell’altro genitore.

<sup>186</sup> U. MAJELLO, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, *op.cit.*, p. 113, ove l’a. evidenzia come si tratti di una disposizione a tutela della personalità individuale.

<sup>187</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>188</sup> A. CHECCHINI, nel *Comm. dir. it. fam.*, IV, Cedam, Padova, 1992, *sub.* art. 258 c.c., p. 137 ss., il quale ritiene che la ragione del divieto sta nel fatto che non è ammesso inserire nella dichiarazione di riconoscimento un contenuto che le è estraneo di guisa che il divieto non cade se l’altro genitore ha già effettuato il riconoscimento. A riprova di tale riflessione l’a. pone il caso in cui il primo riconoscimento venga caducato per effetto dell’accoglimento dell’impugnazione per difetto di veridicità.

precisata voce di cui si darà conto a breve.

Il padre biologico che vuole far valere tale sua “qualità” già sul nascituro concepito non ha alcuno strumento giuridico autonomo dalla volontà della gestante; a prescindere, infatti, dall’eventualità in cui preferisca attendere la nascita del figlio, il padre può procedere al riconoscimento del concepito congiuntamente alla madre, evidentemente consenziente, ovvero, ancora, attendere il previo riconoscimento del concepito ad opera della madre e quindi chiedere a quest’ultima il consenso ad effettuare il successivo riconoscimento prenatale.

Non pare possibile, che il padre biologico proceda al riconoscimento prenatale del concepito per conto proprio, autonomamente.

Ma, si ritiene, anche nel caso in cui il padre voglia procedere al riconoscimento prenatale successivamente all’avvenuto riconoscimento materno, la soluzione pare differente a seconda che persista o no il divieto di fornire indicazioni relative all’altro coniuge.

Se, infatti, si ammette che il divieto di fornire indicazioni relative all’altro genitore cade una volta intervenuto il primo riconoscimento di un genitore, il padre biologico può effettuare il riconoscimento del concepito una volta riconosciuto lo stesso dalla madre, stante la possibilità di identificare il nascituro mediante le indicazioni relative alla gestante.

Come è noto, tuttavia, tale strada, impone al padre di ottenere il consenso del genitore che per primo ha effettuato il riconoscimento ai sensi dell’art. 250, comma 3° c.c., cioè la madre.

Diversamente, se si riconosce che il divieto di fornire indicazioni relative all’altro coniuge continua a valere nonostante sia già stato effettuato il primo riconoscimento, in tale caso il padre biologico che voglia riconoscere il concepito successivamente al riconoscimento materno non riesce ad identificare il concepito, non potendo in nessun modo fornire le indicazioni della madre; in ogni caso, anche per questa via, è fatta salva la necessità di ottenere il consenso della madre quale genitore che per primo ha effettuato il riconoscimento.

Si potrebbe obiettare che il risultato pratico finale è il medesimo, atteso che in

---

entrambe le ipotesi c'è bisogno del consenso del genitore (la madre) che per primo ha effettuato il riconoscimento, salvo il ricorso al Giudice.

Tuttavia, si ritiene che diverse siano le conseguenze che si producono sul riconoscimento, giacché nel primo caso, il diniego del consenso del genitore che per primo ha effettuato il riconoscimento comporta la “temporanea inefficacia” dell’atto, superabile attraverso il ricorso all’Autorità giudiziaria<sup>189</sup>; mentre nel secondo, il fatto che il padre biologico non possa fornire le indicazioni della gestante nonostante il primo riconoscimento di questa, determina la nullità del secondo riconoscimento per indeterminatezza dell’oggetto/soggetto da riconoscere a prescindere dal consenso mancante del genitore che per primo ha effettuato il riconoscimento.

Al fine di garantire più agevolmente la posizione del padre biologico nel riconoscimento prenatale del figlio attraverso il sistema dello *status* quantomeno nell’ipotesi in cui la donna abbia già preventivamente riconosciuto il concepito, sembra preferibile aderire alla prima soluzione che incontra come ostacolo “solamente” la necessità del consenso della madre e, come possibile via d’uscita, il ricorso all’Autorità giudiziaria che, in caso di accoglimento della domanda, tiene luogo del consenso mancante (art. 250, comma 4° c.c.)<sup>190</sup>.

Prospettati i termini del problema, è doveroso segnalare come vi sia nondimeno nella dottrina chi ritiene il divieto di cui all’art. 44 del d.p.r. 3 novembre 2000 n. 396 superabile in ragione del fatto che si tratta di una disposizione contenuta in un regolamento e come tale non in grado di derogare ad una norma del codice che sancisce indistintamente il diritto fondamentale del genitore a riconoscere il figlio naturale.

Secondo tale linea interpretativa, il padre - senza dover attendere il preventivo riconoscimento della gestante - potrebbe riconoscere il concepito indicando la madre al solo fine di identificare il concepito, con la secretazione del nome della madre in un atto

---

<sup>189</sup> L. CARRARO, *sub* art. 250 c.c., *op. cit.*, p. 109 ss.; P. UBALDI, *Il riconoscimento del figlio naturale*, nel *Trattato dir. fam.*, diretto da P. Zatti, II, *Filiazione*, a cura di G. Collura, L. Lenti, M. Mantovani, Giuffrè, Milano, 2002, p. 300.

<sup>190</sup> Anche se non si può trascurare l’obiezione paventata dalla dottrina citata *supra* allorché si chiede che cosa succede delle indicazioni contenute nel secondo riconoscimento qualora il primo fosse impugnato e ne venissero eliminati gli effetti.

separato<sup>191</sup>.

Tale tesi, per quanto coraggiosa nella prospettiva di tutelare la posizione del padre naturale attraverso il sistema dell'accertamento dello *status*, non è sostenibile, giacché in primo luogo dimentica che il divieto di fornire indicazioni relative all'altro genitore è contenuto prima che nel citato d.p.r., nello stesso codice civile (art. 258, comma 2° c.c.); secondariamente, perché non spiega in che modo sia concretamente possibile indicare la gestante al solo fine di identificare il concepito e nel contempo segretare il nome della stessa in un atto separato.

In ogni modo, si deve riconoscere che tale dottrina evidenzia una lacuna del sistema: prima della nascita, il padre biologico che vuole far valere tale sua qualità attraverso il sistema di accertamento dello *status*, indipendentemente dalle scelte della madre, non ha soluzioni giuridicamente valide e percorribili.

Eppure è l'autore dell'atto procreativo e, si è già detto, che il semplice fatto della procreazione assume per ciò solo, rilevanza giuridica (art. 30 Cost.)<sup>192</sup>.

Se si ammette che il riconoscimento del figlio naturale ha la funzione primaria di accertare formalmente il rapporto di filiazione<sup>193</sup>, di maternità e di paternità, attraverso la costituzione dello *status* corrispondente, deve ammettersi che in relazione al rapporto di paternità naturale prenatale, l'ordinamento non prevede alcuno strumento giuridico capace di consentire immediatamente ed occasionalmente al genitore-padre di esercitare le prerogative che gli competerebbero quale procreatore, per la protezione, la tutela, o per l'interesse nei confronti del nascituro.

Si è detto, non con il riconoscimento prenatale, né tanto meno, ritiene anche la giurisprudenza, attraverso la possibilità di ottenere una dichiarazione giudiziale di paternità naturale, atteso che ai sensi dell'art. 269, comma 1° c.c. “la paternità e la maternità naturale possono essere giudizialmente dichiarate nei casi in cui il riconoscimento è ammesso” di guisa da ritenere a ciò legittimata solo la madre al pari del riconoscimento.

D'altra parte, si può rilevare che prevedere e consentire il riconoscimento

---

<sup>191</sup> C.M. BIANCA, *La famiglia e le successioni*, 2, Giuffrè, Milano, 2001, p. 312; P. UBALDI, *Il riconoscimento del figlio naturale*, op. cit., p. 294.

<sup>192</sup> M. DOGLIOTTI, *Ancora sulla responsabilità del genitore per il fatto di procreazione e sull'inseminazione artificiale*, nota a Trib. Napoli, 20 luglio 1989, in *Giur. merito*, 1991, p. 53 ss.



prenatale del solo padre naturale porterebbe a conseguenze contraddittorie nell'ipotesi di successiva interruzione della gravidanza della madre, la quale in tale contesto sembra essere giuridicamente investita di tale qualità in forza della sua stessa condizione fisiologica ed a prescindere dal riconoscimento ovvero dalla sentenza che accerta il rapporto di filiazione: di fronte ad un rapporto di filiazione accertato *ex latere patris* attraverso il riconoscimento prenatale del padre biologico si contrapporrebbe la decisione della donna che senza essere formalmente “madre” del concepito può non di meno assumere la decisione di interrompere la gravidanza<sup>194</sup>.

Evidentemente, si deve riconoscere che il sistema dello *status* e l'apparato delle azioni che lo disciplinano assolvono ad una funzione differente da quella che si vuole soddisfare attraverso l'indagine in esame.

Ovvero, si può ammettere che quando è stata pensata tale categoria concettuale unitamente al sistema di accertamento e costituzione della stessa, non esistevano problemi, situazioni, interessi attualmente emergenti.

Si deve, quindi, ipotizzare un diverso strumento giuridico per legittimare il padre biologico a partecipare alle vicende che occupano l'esistenza del nascituro.

Forse, è opportuno rifarsi proprio alla condizione della donna-madre che, si è detto poc'anzi, è “naturalmente” tale e trova nel fatto della gestazione la legittimazione giuridica per concludere il contratto col medico-ginecologo-ecografista-ostetrico durante la gestazione ed al momento del parto, per ricorrere all'interruzione volontaria della gravidanza, per agire in giudizio contro gli enti ospedalieri nelle ipotesi di responsabilità professionale.

Eppure, tale donna gestante non è ancora giuridicamente madre, se si assume che il criterio legale identificativo di tale nozione sia dato dal parto<sup>195</sup>.

---

<sup>193</sup> G. FERRANDO, *La filiazione naturale e la legittimazione*, op. cit., p. 159 ss.

<sup>194</sup> A tal fine, la legge sull'interruzione della gravidanza non richiede alla donna l'accertamento formale del suo *status* attraverso un riconoscimento prenatale del concepito.

<sup>195</sup> In relazione all'accertamento della maternità, le Riforme sulla filiazione dell'ordinamento tedesco (1998, con modifiche nel 2001, 2004) e di quello francese (2006) chiariscono l'importanza dell'evento della nascita.; la nascita, rappresenta il criterio di collegamento per l'attribuzione dello *status* per parte materna. Mentre però, nell'ordinamento francese l'indicazione della nascita attribuisce la filiazione senza che occorra il riconoscimento ma tale indicazione è solo facoltativa, nel modello tedesco (come pure in quello austriaco in Olanda, Svezia e Svizzera) non vi è spazio per la facoltatività né per la contestazione della maternità, non essendovi “regole atte a disciplinare l'accertamento della maternità”, cfr. M. G.

E' possibile forse, *de iure condendo*, ipotizzare che anche la “condizione” della paternità naturale possa trovare nel legame biologico la fonte della legittimazione dell'autore dell'atto procreativo a partecipare allo sviluppo gestazionale del concepito.

Non pensiamo allo *status*, da cui derivano diritti, obblighi, facoltà.

Pensiamo solamente di voler far accertare la “condizione” di padre biologico quale *modus* prodromico per prenotare quello *status* di paternità che nel matrimonio ci si aspetta in forza della scelta matrimoniale e della presunzione di paternità.

Ritorna allora quella “condizione” della paternità quale nozione giuridicamente rilevante che accerta il puro legame biologico della filiazione senza avere altre ripercussioni che non si possano risolvere nel sistema dello *status*.

E' chiaro che di tale “qualifica” rimangono da precisare modalità di accertamento, limiti, condizioni, presupposti.

**5.2. La rilevanza della “condizione” di padre nel riconoscimento volontario: il riconoscimento del figlio naturale minore degli anni sedici già riconosciuto da un genitore, da parte dell'altro genitore, quale diritto soggettivo primario del genitore stesso, costituzionalmente garantito. Applicazioni giurisprudenziali. L'interesse del minore, quale limite esterno, condizione del riconoscimento. Rinvio.**

Se, nell'ipotesi di figlio concepito, il riconoscimento materno prenatale è giuridicamente favorito dal sistema dello *status*, determinando uno squilibrio rispetto alla posizione del padre biologico, con la nascita del figlio, la situazione normativa sembra “riaggiustarsi” attraverso la previsione dell'art. 250, comma 1° c.c. per la quale “il figlio naturale può essere riconosciuto, nei modi previsti dall'art. 254 c.c., dal padre e dalla madre anche se già uniti in matrimonio con altra persona all'epoca del concepimento. Il riconoscimento può avvenire tanto congiuntamente quanto separatamente”.

---

CUBEDDU, *La disciplina dell'accertamento dello status di figlio nei principali pesi europei*, in *Familia*, 2006, I, p. 869 ss. la quale a tale proposito parla di “nuova definizione legale della maternità”.

Invero, tale formale situazione di parità, subisce una prima “neutrale” limitazione nel seguito della disposizione ove si chiarisce che nell’ipotesi in cui il figlio da riconoscere non abbia compiuto i sedici anni, il riconoscimento non può avvenire senza il consenso del genitore che abbia già effettuato il riconoscimento.

Nelle ipotesi di riconoscimento “separato”, quindi, il riconoscimento del genitore che per ultimo procede al riconoscimento abbisogna del “consenso” del primo genitore che abbia già effettuato il riconoscimento.

L’art. 45 dell’ordinamento di stato civile novellato dispone, infatti, che il riconoscimento del figlio naturale che non ha compiuto i sedici anni non può essere ricevuto dall’ufficiale dello stato civile in mancanza del consenso del genitore che lo ha riconosciuto per primo o della sentenza del tribunale per i minorenni che tiene luogo del consenso mancante<sup>196</sup>.

La giustificazione della necessità di tale “consenso” viene spiegata nel successivo quarto comma dell’art. 250 c.c., laddove si prevede che il “consenso non può essere rifiutato ove il riconoscimento risponda all’interesse del figlio”<sup>197</sup>: la valutazione dell’interesse, patrimoniale e morale, del figlio che non ha ancora compiuto i sedici anni, si pone quindi, secondo autorevole dottrina, quale condizione di efficacia del secondo riconoscimento<sup>198</sup>.

A prescindere dai diversi orientamenti che si sono sovrapposti nella giurisprudenza sul contenuto di tale clausola generale rappresentata dall’“interesse del minore” e del valore presuntivo del medesimo nei giudizi di opposizione radicati innanzi al Tribunale dei minorenni dal secondo genitore che si è visto rifiutare il consenso al riconoscimento<sup>199</sup>, merita soffermarsi, al fine che occupa la presente

---

<sup>196</sup> La stessa disposizione precisa nella seconda parte del comma 1° che “il consenso può essere manifestato, anteriormente al riconoscimento, davanti ad un ufficiale dello stato civile o in un atto pubblico o in un testamento, qualunque sia la forma di questo, oppure può essere manifestato contestualmente al riconoscimento medesimo”. Cfr. A. MUSIO, F. NADDEO, *Il nuovo ordinamento dello stato civile*, op. cit., p. 202 ss.

<sup>197</sup> L. CARRARO, *sub art. 250 c.c.*, op. cit., p. 110 ss.; U. MAJELLO, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, *sub art. 250-290*, op. cit., p. 42 parla di un “controllo di convenienza”.

<sup>198</sup> A tale tesi aderisce L. CARRARO, *sub art. 250 c.c.*, op. cit., p. 109 ss.; G. FERRANDO, *La filiazione naturale e la legittimazione*, op. cit., p. 176, ripreso successivamente da P. UBALDI, *Il riconoscimento del figlio naturale*, op. cit., p. 300 ss.

<sup>199</sup> Su questo aspetto si rimanda al prossimo paragrafo.

indagine, su di un differente profilo della questione.

Come è noto, il rifiuto del consenso del genitore che per primo ha effettuato il riconoscimento legittima il “secondo” genitore che vuole riconoscere il figlio a ricorrere all’Autorità giudiziaria al fine di instaurare un giudizio circa la rispondenza del secondo riconoscimento all’interesse del figlio (art. 38 disp. att. c.c.); tale giudizio, per opinione condivisa, non ha ad oggetto la veridicità del rapporto di filiazione<sup>200</sup>, né l’inesistenza dell’interesse del minore può essere dedotta con riferimento al difetto di veridicità del riconoscimento<sup>201</sup>.

Chiamata a pronunciarsi in ripetute fattispecie in cui la madre aveva negato il proprio consenso al successivo riconoscimento paterno - ipotesi tipica ricorrente - , la giurisprudenza consolidata della Suprema Corte ha chiarito che “il riconoscimento del figlio naturale infrasedicenne, già riconosciuto da un genitore, è diritto soggettivo primario dell’altro genitore, costituzionalmente garantito dall’art. 30 Cost.”<sup>202</sup>.

In tali pronunce, il Supremo Collegio, richiamando anche gli artt. 3 e 7 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989<sup>203</sup>, è giunta a configurare il

---

<sup>200</sup>L. CARRARO, *sub art. 250 c.c., op. cit.*, p. 112.

<sup>201</sup>A. ATTARDI, *Aspetti processuali della riforma nel Comm. rif. dir. fam.*, I, 2, Cedam, Padova, 1977, p. 1000, rileva come la cognizione del giudice nel procedimento di opposizione verte sull’esistenza o meno di ragioni che, con riguardo all’interesse del figlio, giustificano, da parte del genitore che ha già effettuato il riconoscimento, il rifiuto al consenso da parte del genitore ricorrente, e che non rientra tra esse la non veridicità del riconoscimento; U. MAJELLO, *Della filiazione naturale e della legittimazione, op. cit.*, p. 46, il quale esclude che nel giudizio tale eccezione possa ammettersi come domanda riconvenzionale; alla medesima conclusione aderisce G. FERRANDO, *La filiazione naturale e la legittimazione, op. cit.*, p. 184.

<sup>202</sup>Tra le più recenti, Cass., Sez. I, 11 febbraio 2005, n. 2878; Cass., Sez. I, 3 novembre 2004, n. 21088; Cass., Sez. I, 8 agosto 2003, n. 11949; Cass., Sez. I, 3 aprile 2003, n. 5115; Cass., Sez. I, 22 ottobre 2002, n. 14894; Cass., Sez. I, 10 maggio 2001, n. 6470; Cfr. ZATTI, *Interesse del minore e “doppia figura genitoriale”* in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 84 ss.; F. M., ZANASI, “*Il diritto ad essere padre*”, in *I diritti della persona tutela civile, penale, amministrativa* a cura di P. Cendon, III, Utet, Torino, 2005, p. 563 ss.; l’a. rileva che il fatto che si tratti di un diritto soggettivo primario del genitore trova conferma anche nella tutela della libertà personale e del diritto al pieno sviluppo della persona umana i quali consentono di includere direttamente l’aspirazione ad avere figli tra i valori di rilevanza costituzionale. Del resto, l’esistenza di un diritto alla genitorialità si desume anche dalle Convenzioni internazionali, quali l’art. 8 della Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell’Uomo e delle libertà fondamentali che prevede il diritto al rispetto della vita privata e familiare di ciascuno.

<sup>203</sup>*Convenzione sui diritti del fanciullo* stipulata a New York il 20 novembre 1989 resa esecutiva con l. 27.5.1991, n. 176.

Art. 3

“riconoscimento” quale diritto soggettivo primario di rilevanza costituzionale e lo ha attribuito a colui che - pur non avendo ancora giuridicamente lo *status* di padre secondo il sistema dello *status*, - in forza della condizione naturale di genitore di matrice costituzionale (il rinvio all’art. 30 Cost. è della stessa Cassazione citata) viene legittimato ad agire per l’esercizio e la tutela di quel diritto<sup>204</sup>.

---

1. In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l’interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione permanente.

2. Gli Stati parti si impegnano ad assicurare al fanciullo la protezione e le cure necessarie al suo benessere, in considerazione dei diritti e dei doveri dei suoi genitori, dei suoi tutori o di altre persone che hanno la sua responsabilità legale, ed a tal fine essi adottano tutti i provvedimenti legislativi ed amministrativi appropriati.

3. Gli Stati parti vigilano affinché il funzionamento delle istituzioni, servizi ed istituti che hanno la responsabilità dei fanciulli e che provvedono alla loro protezione sia conforme alle norme stabilite dalle autorità competenti in particolare nell’ambito della sicurezza e della salute e per quanto riguarda il numero e la competenza del loro personale nonché l’esistenza di un adeguato controllo.

Art. 7

1. Il fanciullo è registrato immediatamente al momento della sua nascita e da allora ha diritto ad un nome, ad acquisire una cittadinanza e, nella misura del possibile, a conoscere i suoi genitori ed a essere allevato da essi.

2. Gli Stati parti vigilano affinché questi diritti siano attuati in conformità con la loro legislazione nazionale e con gli obblighi che sono imposti loro dagli strumenti internazionali applicabili in materia, in particolare nei casi in cui se ciò non fosse fatto, il fanciullo verrebbe a trovarsi apolide.

<sup>204</sup> In relazione alla configurabilità di una posizione di diritto soggettivo in capo al padre biologico di procedere al riconoscimento del figlio naturale tardivamente rispetto a quello posto in essere dalla madre merita una breve considerazione la recente decisione di Corte d’Appello di Roma, 15 giugno 2004<sup>204</sup>, la quale ha ammesso la legittimazione del figlio naturale per provvedimento del giudice nell’ipotesi in cui la domanda era stata presentata dal solo genitore, cioè la madre, che aveva riconosciuto il proprio figlio naturale. Se una delle preoccupazioni del Tribunale di primo grado nel rigettare il ricorso della madre proposto ai sensi dell’art. 284 c.c. era stata quella di non precludere al minore un futuro ed eventuale riconoscimento da parte del padre naturale siccome in contrasto con l’acquisito *status* di figlio legittimato, la Corte di merito, correttamente rileva come per espressa disposizione di legge (art. 290 c.c.) la legittimazione giudiziale produce effetti soltanto nei confronti del genitore riguardo al quale è stata concessa. La legittimazione per provvedimento del giudice del figlio naturale riconosciuto non opera nei confronti dell’altro genitore, cioè il padre, tanto nel caso in cui questi abbia già riconosciuto il figlio quanto nel caso in cui non l’abbia riconosciuto né chieda di riconoscerlo. Fuori dall’ipotesi di legittimazione per susseguente matrimonio dei genitori, c’è da chiedersi se la legittimazione per provvedimento del giudice, nell’attribuire la qualità di figlio legittimo ai sensi dell’art. 280, comma 1° c.c. nei confronti del genitore che lo ha riconosciuto e ne ha chiesto la legittimazione (la madre), sposti la qualifica formale anche in capo a quest’ultima e soprattutto se consenta il successivo riconoscimento di figlio naturale nei confronti del padre (e se sì, ci si chiede se vi sia bisogno ancora del consenso della madre) con la conseguenza di attribuire al figlio uno *status* che è contemporaneamente di “legittimo” nei confronti della madre e di “naturale riconosciuto” verso il padre. Invero, la situazione dovrebbe riflettersi

Colpisce l'espressione della Corte la quale si riferisce ad "un diritto soggettivo del *padre* al riconoscimento comprimibile soltanto nei limiti di una forte probabilità che lo sviluppo del minore sia compromesso per effetto del riconoscimento"(Cass., Sez. I, 11 febbraio 2005, n. 2878).

Invero, pare difficile sostenere che sia possibile legittimare l'esercizio di un diritto in capo ad un soggetto la cui "condizione" di *paternità* (espressione evidentemente usata in senso improprio dalla Corte) non ha alcuna rilevanza giuridica rispetto a quel diritto il cui esercizio mira all'accertamento della qualità di padre.

Segnatamente, la giurisprudenza si riferisce al "genitore" ed al diritto primario del "genitore" di riconoscere il figlio naturale, rinviando alla norma costituzionale che fonda il principio, già più volte citato, della responsabilità per il fatto - in sé - della procreazione, senza alcun riferimento alla categoria dello *status*.

La "condizione" di genitore, inteso quest'ultimo come colui che si afferma l'autore dell'atto procreativo, assume autonoma rilevanza giuridica e si "riempie" di un diritto soggettivo primario di rilevanza costituzionale consistente nel diritto al "riconoscimento".

Ma vi è qualcosa di più.

Si è detto come nelle applicazioni giurisprudenziali accade che, di norma, è la madre ad effettuare per prima il riconoscimento, vuoi tempestivamente al momento della nascita, vuoi "tardivamente" ma, in ogni caso, prima del riconoscimento paterno.

Nella maggior parte delle ipotesi, quindi, la "condizione" di genitore legittima colui che vuole accertare la propria paternità ad agire in giudizio per il soddisfacimento del proprio diritto a riconoscere il figlio naturale.

Seguendo la logica del sistema dello *status* ci si può chiedere che cosa legittima il genitore-uomo ad impugnare il consenso di colei che ha già lo *status* di madre naturale?

Ancora una volta si può rispondere: la qualità di genitore che rileva *ex art. 30 Cost.*, cioè l'affermazione di essere l'autore dell'atto procreativo e quindi il contitolare

---

nel corrispondente *status* di madre legittima e padre naturale. Corte d'Appello di Roma, 15 giugno 2004, in *Fam. e dir.*, 2005, p. 57 ss. con nota di A. FIGONE, *Riconoscimento del figlio naturale da parte di uno solo dei genitori e sua legittimazione*.

della situazione sostanziale che si vuol far valere nel giudizio di opposizione.

Ma *quid iuris* nel caso in cui due uomini, ricevuto il diniego del consenso da parte della stessa madre naturale, si rivolgono contemporaneamente al Giudice per ottenere una sentenza che tenga luogo del consenso mancante e produca gli effetti del riconoscimento?

Anche in tale ipotesi, infatti, il Tribunale dei minorenni dovrà valutare se l'interesse del minore viene rispettato dal riconoscimento di un presunto padre piuttosto che dell'altro senza verificare direttamente la veridicità del rapporto procreativo?<sup>205</sup>.

Eppure è sulla base dell'affermazione della genitorialità nel senso sopra precisato che si legittima il padre biologico ad impugnare il diniego del consenso della madre al riconoscimento della paternità sul figlio.

Rimane, tuttavia, una apparente antinomia: si è già detto, infatti, che il giudizio che si tiene innanzi al Tribunale dei minorenni non ha ad oggetto la veridicità del rapporto di filiazione del secondo genitore, ma l'interesse del minore ad acquisire lo *status* di figlio naturale del secondo genitore.

Apparente, si è detto, perché in realtà la valutazione dell'interesse del minore è molto più complessa e articolata di ciò che *prima facie* sembra e deve essere specificata - secondo la terminologia della Cassazione - "in termini di attitudine a sacrificare la genitorialità"<sup>206</sup>, ma su questo si tornerà a breve<sup>207</sup>.

L'affermazione del "riconoscimento" quale diritto soggettivo primario di rilievo costituzionale del genitore comporta la presupposta considerazione della "condizione" giuridicamente rilevante propria del soggetto al quale tale posizione giuridica di vantaggio si attribuisce che non è ancora lo *status*, quale effetto o meglio risultato del riconoscimento, ma una "affermazione" di genitorialità che, si è detto, interessa nella quasi totalità delle fattispecie concrete, colui che si afferma padre biologico.

## **6. L'accertamento giudiziale della paternità naturale. La valutazione dell'interesse**

---

<sup>205</sup> Cass., Sez. I, 29 aprile 1999, n. 4325, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 981, ammette l'accertamento *incidenter tantum* della veridicità del rapporto di procreazione nel procedimento *ex art. 250*, comma 4° c.c. al solo fine di verificare la legittimazione attiva del richiedente.

<sup>206</sup> Cass., Sez. I, 3 novembre 2004, n. 21088.

## del minore tra *status* di padre naturale e “condizione” della paternità.

La disciplina vigente della dichiarazione giudiziale di paternità naturale di cui agli artt. 269 e ss c.c. rispetto alla originaria previsione del *Code Napolèon*<sup>208</sup>, presenta rilevanti modificazioni apportate gradualmente dapprima nel codice del 1865<sup>209</sup>, seguito da quello del 1942<sup>210</sup>, quindi con la riforma del 1975<sup>211</sup> ed i reiterati interventi della giurisprudenza<sup>212</sup> fino all’arresto della Corte Costituzionale<sup>213</sup>, che ha reso

---

<sup>207</sup> Sub paragrafo 6 di questo capitolo.

<sup>208</sup> M. SESTA, *La filiazione*, op. cit., p. 133 ss. Nel *Code Napolèon* la dichiarazione giudiziale di paternità era tendenzialmente vietata essendo ammessa solo nel caso di ratto qualora vi fosse coincidenza tra il tempo del ratto e l’epoca del concepimento (art. 340).

<sup>209</sup> Il quale ammetteva le indagini sulla paternità anche nel caso di stupro violento (art. 189), cfr. A. DE CUPIS, nel *Commentario rif. dir. fam.*, I, 2, Cedam, Padova, 1977, sub art. 269, p. 696 ss.

<sup>210</sup> Si ricorda brevemente come il codice del 1942 abbia introdotto per la prima volta il giudizio di ammissibilità dell’azione (tale giudizio non era infatti previsto nel codice del 1865), quale correttivo dell’ampliamento dei casi in cui l’azione per la dichiarazione di paternità poteva essere promossa; nella Relazione al Guardasigilli al progetto definitivo al codice civile si legge come lo scopo del giudizio di ammissibilità fosse “di evitare che attraverso azioni infondate si facciano valere intenti ricattatori, profittando del timore di scandalo e del turbamento che dibattiti sulla paternità possono determinare in delicate situazioni personali e familiari”; cfr. A. DE CUPIS, op. loc. cit., p. 696.

<sup>211</sup> Prima della riforma del 1975 era intervenuta anche la Legge 23 novembre 1971, n. 1047 (art. 2) che ha ammesso l’impugnazione della decisione sulla fase dell’ammissibilità; C. COSSU, voce “Paternità (dichiarazione della)” nel *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ., XIII*, Utet, Torino, 1995, 281 ss.; F. MOROZZO DELLA ROCCA, voce “Paternità e maternità (accertamento della)”, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Ed. Enc. it., 1990, 1; G. FERRANDO, *La filiazione naturale e la legittimazione*, op. cit., 205 ss.; M. DI NARDO, *L’accertamento giudiziale della filiazione naturale*, nel *Trattato dir. fam.* diretto da P. Zatti, II, *Filiazione*, a cura di G. Collura, L. Lenti, M. Mantovani, Giuffrè, Milano, 2002, 319 ss. In sintesi, si ricorda come la Riforma introducendo l’attuale formulazione abbia dichiarato possibile l’azione giudiziale di paternità e maternità naturale in tutti i casi in cui è consentito il riconoscimento (art. 269, comma 1° c.c.). Si deve, altresì alla Riforma, l’aver ammesso la libertà di prova nella ricerca della paternità naturale (art. 269, comma 2° c.c.).

<sup>212</sup> Tra le più significative, Corte Cost., 12 luglio 1965, n. 70, in *Giur. it.*, 1965, I, 1265; Corte Cost., 30 dicembre 1987, n. 621, in *Dir. fam. pers.*, 1988, I, p. 655; Corte Cost., 20 luglio 1990, n. 341, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2485 con nota di B. SASSANI, *L’opportunità dell’accertamento del rapporto di filiazione (il bistrattato interesse del minore infrasedicenne vince la sua battaglia di fronte alla Consulta)*; in *Vita not.*, 1990, p. 436 con nota di A. FINOCCHIARO, *Sulla pretesa necessità della valutazione giudiziale dell’interesse del figlio minore nella fase preliminare dell’azione giudiziale di paternità o maternità naturale*. Da ultimo, si segnala, Cass., Sez. Un., 3 novembre 2005, n. 21287, con nota di G. FERRANDO, *Diritto allo status e legittimazione passiva nella dichiarazione giudiziale di paternità*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 350 ss. Nella citata decisione, la Corte di Cassazione risolvendo un contrasto giurisprudenziale, riafferma il principio secondo il quale contraddittori necessari, passivamente legittimati, in ordine all’azione per dichiarazione giudiziale di paternità naturale sono, ex art. 276 c.c. in caso di morte del



promuovibile l'azione *de qua* anche nei riguardi dei genitori incestuosi, pur permanendo per costoro il divieto del riconoscimento<sup>214</sup>.

Invero, non può sottacersi come l'emblema di tale graduale evoluzione sia rappresentato efficacemente nella recentissima decisione della Corte Costituzionale<sup>215</sup>, la quale, come è noto, ha definitivamente chiarito che “è incostituzionale l'art. 274 c.c. nella parte in cui prevede una preliminare delibazione di ammissibilità dell'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità naturale”, non solo nell'ipotesi di azione promossa da maggiorenni, come previsto nell'ordinanza di rimessione<sup>216</sup>, ma, altresì, nel caso di giudizio promosso nell'interesse di un minore, in applicazione dell'art. 27, l. 11 marzo 1953, n. 87<sup>217</sup>.

---

genitore, esclusivamente i suoi eredi e non anche gli eredi degli eredi di lui o altri soggetti, comunque portatori di un interesse contrario all'accoglimento della domanda, cui è invece riconosciuta la sola facoltà di intervenire in giudizio a tutela dei rispettivi interessi.

<sup>213</sup> Corte Cost., 28 novembre 2002, n. 494, in *Famiglia*, 2003, II, p. 841 con nota di G. FERRANDO, *La condizione dei figli incestuosi: la Corte costituzionale compie il primo passo*, e di S. LANDINI, *Incostituzionalità dei limiti alle indagini sulla maternità e paternità ex art. 278 c.c. e posizione del figlio incestuoso*; C.M. BIANCA, *La Corte costituzionale ha rimosso il divieto di indagini sulla paternità e maternità di cui all'art. 278 comma 1° c.c. (ma i figli irricognoscibili rimangono)*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 4068; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, p. 543 con nota di M. DI NARDO, *La filiazione incestuosa: al vaglio della Consulta i limiti all'accertamento giudiziale del rapporto*; in *Fam. e dir.*, 2003, p. 119, con nota di M. DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale interviene a metà sulla filiazione incestuosa*.

<sup>214</sup> M. SESTA, *Il giudizio di ammissibilità dell'azione giudiziale di genitorialità*, in *Persona, Famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di M. Sesta e V. Cuffaro, Ed. Scientifiche italiane, Napoli, 2006, p. 591-612.

<sup>215</sup> Corte costituzionale, 10 febbraio 2006, n. 50, Pres. Marini, Rel. Finocchiaro, in *Foro it.*, 2006 I, 966 con nota di C. CASABURI; in *Fam. e dir.*, 2006, p. 237, con nota di M. SESTA, *L'incostituzionalità dell'art. 274 c.c.: è ancora possibile la delibazione dell'interesse del minore?*; in *Corr. giur.*, 2006, p. 497, con nota di V. CARBONE, *Paternità naturale: incostituzionale la fase preliminare del giudizio*.

<sup>216</sup> Cass., ord. 26 nov. 2004 n. 22351, in *Fam. e dir.*, 2005, p. 251 con nota di A. MORRONE, *La Corte di Cassazione ripropone la questione di costituzionalità dell'art. 274 c.c.*, e *Postilla* di M. SESTA. La Corte di Cassazione dubita della legittimità costituzionale dell'art. 274 c.c. in quanto la norma impugnata prevedendo una preliminare delibazione di ammissibilità dell'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità (e maternità naturale) viola l'art. 3, comma 2°, Cost. sotto il profilo dell'eccesso di potere legislativo per la contraddizione tra l'attuale disciplina del procedimento *de quo* e la *ratio* originaria della norma volta a tutelare il convenuto da azioni temerarie o infondate; l'art. 3, comma 1° Cost., per disparità di trattamento circa le condizioni per l'accertamento dei rispettivi *status* tra figli di genitori coniugati e non coniugati; gli artt. 2, 30 e 24 Cost. “per l'obiettivo effetto di ostacolo alla tutela di diritti fondamentali dei figli naturali che siffatto procedimento determinerebbe”; l'art. 111 Cost. sotto il profilo della irragionevole durata del processo.

<sup>217</sup> Si tratta, cioè, di un'ipotesi di illegittimità costituzionale derivata, G. CASABURI, nota a Corte Cost., cit.

La drasticità dell'intervento della Consulta, tuttavia, la cui conclusione era già stata più volte auspicata da dottrina<sup>218</sup> e giurisprudenza<sup>219</sup>, non ha mancato di portare in sé, proprio in un passaggio finale della decisione, "il germe" di un principio da conservare.

La Corte, infatti, pur eliminando il giudizio di ammissibilità di cui all'art. 274 c.c. atteso il venir meno della *ratio* per cui era stato introdotto<sup>220</sup>, afferma non di meno la necessità di mantenere "immediatamente prima dell'accertamento della fondatezza dell'azione di merito" la valutazione dell'interesse del minore all'accertamento della genitorialità.

E' noto, infatti, come la stessa Corte Costituzionale in anni non lontani abbia introdotto con una pronuncia additiva la necessità di valutare, accanto al concorso di quelle "specifiche circostanze" tali da far apparire giustificata l'azione<sup>221</sup>, l'interesse del minore all'accertamento giudiziale del rapporto di filiazione dichiarando la parziale illegittimità dell'art. 274 c.c. nella parte in cui, "se si tratta di minore infrasedicenne, non prevede che l'azione promossa dal genitore che esercita la potestà, sia ammessa solo quando sia ritenuta rispondente all'interesse del figlio"<sup>222</sup>.

---

<sup>218</sup> F. MOROZZO DELLA ROCCA, *Per l'abrogazione dell'art. 274 c.c. (Dedicato ad un Parlamentare di buona volontà)*, in *Dir. fam. pers.*, 1981, II, p. 942; R. PADOVA, *Un ramo ormai secco: il procedimento di ammissibilità dell'azione di paternità o maternità naturale*, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, p. 1859; C.M. BIANCA, *Diritto civile, op. cit.*, p. 292.

<sup>219</sup> Cass., Sez. I, 5 marzo 1986, n. 108, in *Giur. it.*, 1987, I, 706, con nota di A. DE CUPIS, *Sulla pretesa incostituzionalità dell'art. 274 c.c.*; in *Giur. cost.*, 1986, II, 2, p. 800; Corte Cost., 30 dicembre 1987, n. 621, in *Foro it.*, 1998, I, 1744; e più di recente, Cass., ord. 4 luglio 2003, n. 10625, in *Fam. e dir.*, 2003, p. 538 con nota di M. SESTA, *La sospetta illegittimità dell'art. 274 c.c.: che fine farà l'interesse del minore?*, cui è seguita Corte Cost., ord. 11 giugno 2004, n. 169, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 451 con nota di M. SESTA, *La Consulta salva il giudizio di ammissibilità dell'azione di dichiarazione della genitorialità*.

<sup>220</sup> Così testualmente: "E, infatti, la descritta evoluzione della disciplina procedimentale del giudizio di ammissibilità ha totalmente vanificato la funzione in vista della quale tale giudizio era stato originariamente previsto dal legislatore, e cioè la protezione del convenuto da iniziative "temerarie e vessatorie", Corte Cost., 10 febbraio 2006, n. 50, cit.

<sup>221</sup> Sull'interpretazione di tale alinea cfr. ampiamente, M. DI NARDO, *L'accertamento giudiziale della filiazione naturale, op. cit.*, 357 ss.

<sup>222</sup> Corte Cost., 20 luglio 1990, n. 341, in *Dir. fam. pers.*, 1990, I, 796 con nota di M. T. AMBROSINI, *Dichiarazione giudiziale di paternità e interesse del minore*; in *Giust. civ.*, 1990, I, 2485, con nota di B. SASSANI, *L'opportunità dell'accertamento del rapporto di filiazione (il bistrattato interesse del minore infrasedicenne vince la sua battaglia di fronte alla Consulta)*; in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 626 con nota di L. TRIA, *Il procedimento per la dichiarazione giudiziale della paternità o maternità naturale alla luce della sentenza costituzionale n. 341 del 1990*; in *Foro it.*, 1992, I, 25 con nota di P. FORMICA, *Interesse del*

Si è già detto come la valutazione dell'interesse del minore rilevi anche nell'ipotesi del riconoscimento c.d. tardivo disciplinato nell'art. 250, comma 3° e 4° c.c., ed anzi si può ritenere che proprio il raffronto con la parallela disciplina del riconoscimento abbia indotto la Consulta ad introdurre nel giudizio di ammissibilità dell'azione *ex art. 274 c.c.* il requisito della valutazione dell'interesse del minore<sup>223</sup>.

Si è rilevato in dottrina, infatti, che “se è vero che riconoscimento e dichiarazione giudiziale producono i medesimi effetti, come allora non pretendere che la valutazione degli interessi sottesi all'accertamento di stato non venga fatta nell'uno e nell'altro caso sulla base di criteri omogenei?”<sup>224</sup>.

Nel parlare della valutazione dell'interesse nella azione di dichiarazione giudiziale di genitorialità quindi non si potrà non tenere conto che analoghe considerazioni possono valere anche nella vicina disciplina del riconoscimento volontario ove la legge richieda espressamente tale valutazione<sup>225</sup>.

Segnatamente, una conclusione sembra certa: per quanto la Corte abbia ritenuto di “tagliare quel ramo secco” rappresentato dal giudizio preliminare di ammissibilità dell'azione *ex art. 274 c.c.*, la stessa ha lasciato intatta la necessità di valutare l'interesse del minore infrasedicenne all'accertamento della paternità naturale.

Ma come si articola il giudizio sulla sussistenza di tale interesse nel caso concreto? E dove verrà effettuata tale valutazione posto che non c'è più il giudizio preliminare - se pure di carattere sommario - sull'esistenza del *fumus boni juris* dell'azione ovvero sulla non manifesta infondatezza piuttosto che sulla “giustificatazza” dell'azione<sup>226</sup> ma solo quello di merito *ex art. 269 c.c.* che ha ad oggetto la veridicità del rapporto di procreazione?<sup>227</sup>

---

*minore e ammissibilità dell'azione di dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale*; in *Vita not.*, 1990, p. 436 con nota di A. FINOCCHIARO, *Sulla pretesa necessità della valutazione giudiziale dell'interesse del figlio minore nella fase preliminare dell'azione della dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale*.

<sup>223</sup> Corte Cost., 20 luglio 1990, n. 341, cit.

<sup>224</sup> G. FERRANDO, *La filiazione naturale e la legittimazione*, *op. cit.*, p. 232.

<sup>225</sup> In posizione critica, *Ibidem*, p. 232.

<sup>226</sup> M. DI NARDO, *L'accertamento giudiziale della filiazione naturale*, *op. cit.*, p. 357 ss.

<sup>227</sup> Rileva V. CARBONE, *Paternità naturale: incostituzionale la fase preliminare del giudizio*, cit. come la natura sommaria del giudizio preliminare comportava che in esso non era necessaria l'acquisizione processuale di elementi forniti di decisivo o comunque elevato grado di efficacia probatoria, essendo

Per quanto concerne il primo profilo, giova ricordare come sulla valutazione dell'interesse del minore si siano succedute nella giurisprudenza diverse linee interpretative<sup>228</sup>.

Invero, fino all'intervento della Corte Costituzionale n. 341/1991, si riteneva che l'interesse del minore fosse strettamente ancorato alla ricerca della paternità biologica con la conseguenza che l'accertamento del rapporto di filiazione rappresentava "una risposta fisiologica al bisogno psicoaffettivo di avere un padre, all'utilità di essere individuato e conosciuto come figlio di una persona certa di cui assumere il cognome"; il che si traduceva nella esistenza di una presunzione assoluta di corrispondenza dell'accertamento all'interesse del minore<sup>229</sup>.

Con la pronuncia ricordata, invece, la Corte introducendo il principio della valutazione giudiziale dell'interesse del minore infrasedicenne conduce la giurisprudenza immediatamente successiva ad attestarsi su di una presunzione relativa ispirata al presumibile interesse del minore, salva la prova dell'esistenza di una condotta del genitore assai pregiudizievole tale da dar luogo alla decadenza dalla potestà parentale.

Ed ancora. L'indirizzo interpretativo che ne è seguito sull'interesse del minore è giunto a ritenere che "il vantaggio per il minore non debba apprezzarsi in via presuntiva, bensì in concreto, attraverso una completa e globale valutazione dei suoi interessi alla luce degli specifici motivi di fatto adottati e provati dal presunto padre, o rilevati d'ufficio, anche alla luce degli elementi già acquisiti in atti"<sup>230</sup>.

In altri termini - secondo le parole della Cassazione - la considerazione degli effetti positivi che in via normale si producono in favore del minore con la dichiarazione

---

sufficiente che il risultato di detta inchiesta sommaria fosse tale da convincere il giudice dell'esistenza di un *fumus boni iuris*, attraverso presunzioni idonee a far apparire l'azione verosimilmente non priva di fondamento.

<sup>228</sup> Rappresenta efficacemente tale evoluzione, Cass., Sez. I, 23 febbraio 1996, n. 1444, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 78 ss.; Cass., Sez. I, 24 settembre 1996, n. 8413, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 78 ss., con nota di P. ZATTI, *Interesse del minore e "doppia figura genitoriale"*, ove l'a. sottolinea come la stessa indichi negli artt. 279 e 580 c.c. le basi normative per una responsabilità esclusivamente economica del presunto genitore naturale; ed ancora, M. MANTOVANI, *Fondamenti della filiazione, interesse del minore e nuovi scenari della genitorialità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, p. 247 ss.

<sup>229</sup> Cass., Sez. I, 21 marzo 1990, n. 2350, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 1739.

<sup>230</sup> Ed ancora, Cass., Sez. I, 24 settembre 1996, n. 8413, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 78 ss.

di paternità giudiziale non può essere da sola sufficiente in astratto, a giustificare il richiesto accertamento giudiziale dell'interesse del minore che richiede, pertanto, una valutazione concreta e non presuntiva.

Ancora di recente si è espressa la Cassazione<sup>231</sup> chiarendo come la contrarietà all'interesse del minore può sussistere solo in caso di *concreto accertamento* di una condotta del preteso padre tale da giustificare una dichiarazione di decadenza dalla potestà genitoriale, ovvero di prova dell'esistenza di gravi rischi per l'equilibrio affettivo e psicologico del minore e per la sua collocazione sociale.

Secondo il Supremo Collegio tali rischi devono risultare da *fatti obiettivi, emergenti dalla pregressa condotta di vita del preteso padre*, ed in mancanza di essi l'interesse del minore va di regola ritenuto sussistente, a prescindere dai rapporti di affetto che in concreto possono instaurarsi con il presunto genitore e dalla disponibilità di questo ad instaurarli, avendo invece riguardo al miglioramento obiettivo della sua situazione in relazione agli obblighi giuridici che ne derivano per il preteso padre.

In ogni modo, l'interesse del minore non può di regola essere escluso dalle normali difficoltà di adattamento psicologico al nuovo "*status*", essendo queste normalmente connesse al riconoscimento da parte del genitore naturale, ovvero alla dichiarazione giudiziale di paternità naturale, quando intervengono a distanza di tempo dalla nascita del minore.

E nemmeno detto interesse viene escluso dall'assenza di *affectio* da parte del presunto padre né dalla dichiarazione di costui, convenuto con l'azione di dichiarazione giudiziale *ex art. 269 c.c.*, di non voler comunque adempiere i doveri morali inerenti alla potestà genitoriale.

Se, dunque, sembra questo il giudizio di rispondenza dell'accertamento giudiziale di paternità all'interesse del minore, pare legittimo chiedersi con quali strumenti concreti il Giudice possa addivenire ad una conclusione di rispondenza ovvero alla sua opposta.

Non rileva più, infatti, la presunzione *iuris et de iure* di conformità di

---

<sup>231</sup> Cass., Sez. I, 16 luglio 2005, n. 15101, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 7/8; conformi, Cass., Sez. I, 11 marzo 2003, n. 3548, in *Giust. civ. Mass.* 2003, 4, e Cass., Sez. I, 26 luglio 2002, n. 11041, in *Giur. it.*, 2003, p. 1138 con nota di V. BELLOMIA, *Ancora sulla fase di ammissibilità ex art. 274 c.c. e interesse del minore*.

qualsivoglia affermazione di genitorialità all'interesse sostanziale del minore, né quella relativa per la quale si presume corrispondente all'interesse del figlio l'affermazione di una paternità, salvo fatto contrario, ma - si dice - occorre una valutazione in concreto, caso per caso.

E' chiaro, tuttavia, che tale valutazione - per la sua richiesta concretezza - abbisogna di elementi ovvero criteri di comparazione e di riferimento che non potranno risolversi nelle "specifiche circostanze" sulla non manifesta infondatezza dell'azione<sup>232</sup> da vagliare liberamente dal Tribunale dei minorenni nel giudizio preliminare di ammissibilità (che non esiste più), ma dovrà attingere dalle "argomentazioni" prospettate dalle parti a sostegno della fondatezza o della infondatezza della domanda di merito<sup>233</sup>.

La valutazione dell'interesse del minore - da effettuarsi prima dell'accertamento della fondatezza dell'azione di merito, secondo le parole della Corte - non potrà prescindere quindi dall'accertamento delle ragioni addotte dalle parti, attore e convenuto, rispettivamente per l'accoglimento ed il rigetto della domanda di merito sulla veridicità del rapporto di procreazione<sup>234</sup>.

La valutazione dell'interesse del minore, quindi, si innesca confusamente sull'accertamento del rapporto di filiazione.

Mancando il giudizio preliminare di ammissibilità dell'azione, infatti, è chiaro che tale valutazione di conformità dovrà fondarsi sulle circostanze addotte nel giudizio di merito.

Lo *status* di figlio naturale infrasedicenne in relazione al corrispondente *status* di padre sembra essere il risultato di due componenti: da un lato, la veridicità del rapporto di filiazione, dall'altro, la valutazione della rispondenza dell'accertamento all'interesse del figlio minore.

---

<sup>232</sup> Cfr., *ex multis*, Cass., Sez. I, 28 giugno 2005, n. 19646, in *Fam. Pers. Succ.*, 2006, p. 397 ss.

<sup>233</sup> Ci si chiede infatti se è ancor proponibile l'affermazione di Cass., Sez. I, 13 agosto 1997, n. 7557, in *Fam. e dir.*, 1998, p. 364 con nota di F. PORCARI, *Dichiarazione di paternità o maternità naturale: giudizio di ammissibilità ed interesse del minore*, la quale ha affermato che essendo la tutela dell'interesse del minore indispensabile, il giudice ha sul punto poteri officiosi e può anche decidere *extra et ultra petita*.

<sup>234</sup> Da segnalare il collegamento tra l'evoluzione della prova scientifica e l'accertamento della paternità, vedi E. CARBONE, *La prova scientifica negli accertamenti di filiazione*, nota a Cass., Sez. I, 3 aprile 2003 n. 5116, in *Famiglia*, 2004, II, p. 196 ss.

Ma la veridicità del fattore biologico è condizione necessaria nell'attribuzione dello *status* di padre naturale attraverso la dichiarazione giudiziale di paternità<sup>235</sup>. Condizione necessaria, si è detto, ma non sufficiente se il figlio è minore di sedici anni.

Ecco che allora la valutazione dell'interesse del minore all'accertamento della paternità naturale, nell'interpretazione della giurisprudenza, arriva a lambire concretamente la condizione di fatto di colui che si assume essere il padre, prima e proprio in vista della formazione dello *status* del figlio.

Se il giudizio sulla valutazione dell'interesse del figlio ad accertare formalmente la paternità ha ad oggetto concrete valutazioni di fatto inerenti la persona del padre (ipotesi che danno luogo alla decadenza dalla potestà parentale, dice la giurisprudenza), e si articola nel medesimo giudizio teso ad accertare la veridicità del concepimento, e se la veridicità dell'apporto genetico è l'elemento imprescindibile dell'accoglimento dell'azione *de qua* - anche se non esclusivo - ci si chiede in che modo la valutazione di rispondenza dell'accertamento giudiziale all'interesse del minore possa precedere la fondatezza della domanda di merito, come sembrerebbe richiedere la Corte Costituzionale<sup>236</sup>.

Piuttosto è da ritenere che la valutazione, o più precisamente l'istruttoria condotta dal Giudice sulla base delle richieste provenienti dalle parti, debba svolgersi in maniera unitaria e complessiva al fine di accertare e la verità del rapporto di filiazione e la rispondenza di tale - eventuale - positiva conclusione all'interesse del minore.

Del resto, la stessa Corte Costituzionale, ha posto in luce come "l'evoluzione della tecnica consenta ormai di pervenire alla decisione di merito, in termini di pressoché assoluta certezza, in tempi estremamente concentrati"<sup>237</sup>, di guisa che, anche sotto questo profilo, non v'è ragione di posticipare l'accertamento della fondatezza della

---

<sup>235</sup> M. SESTA, *Il giudizio di ammissibilità dell'azione giudiziale di genitorialità*, op. cit., p. 599, rileva come il dato biologico, grazie al principio della libertà di prova in connessione ai progressi scientifici, si pone quale condizione necessaria e sufficiente affinché sia dichiarata la paternità.

<sup>236</sup> Critico appare M. SESTA, *L'incostituzionalità dell'art. 274 c.c.: è ancora possibile la delibazione dell'interesse del minore*, cit., il quale ritiene preferibile spostare la valutazione dell'interesse del minore, dalla sede impropria dell'accertamento dello *status* a quella degli effetti della dichiarazione; G.F. BASINI, *La morte del Minotauro: la Consulta dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 274 c.c.*, in *Fam. per. succ.*, 2006, p. 403 ss. conclude nel senso di ritenere la necessità della valutazione dell'interesse del minore "più come un *obiter*" della Corte che "come una vera statuizione".

<sup>237</sup> Corte Cost., 10 febbraio 2006, n. 50, cit.

domanda di merito.

L'interesse del minore ad un tempo sposta la centralità della verità materiale della procreazione ma ad un tempo la richiama a sé rendendo la condotta del presunto padre naturale oggetto del giudizio e criterio di valutazione dell'interesse.

Quella condotta, infatti, rileva solo se e nella misura in cui sarà accertata la veridicità di quel rapporto di filiazione.

Da tali considerazioni si può ipotizzare la seguente conclusione. Se, quindi, la valutazione dell'interesse del figlio minore in uno con la veridicità del fattore biologico conducono ad un esito positivo, si giunge all'accertamento dello *status*.

Diversamente, se sussiste la veridicità del rapporto procreativo ma non si supera il giudizio di rispondenza dell'accertamento all'interesse del minore, il giudice che si pronuncia sulla domanda non potendo negare la verità biologica della paternità che o c'è o non c'è<sup>238</sup>, si dovrà limitare ad accertare una "condizione" di paternità connotata dal fattore biologico, il cui "ulteriore" contenuto non è risultato rispondente all'interesse del minore, cioè tale da conseguire lo *status*.

In tal modo, non solo si rivendica l'esigenza di legittimare la paternità biologica prima ed indipendentemente dall'attribuzione dello *status*, ma si tenta, altresì, di riempire tale "condizione" della paternità di contenuti e valutazioni che vanno al di là della "mera" componente biologica, anche se - per ipotesi - non arrivano a perseguire il risultato sperato dall'attore, cioè l'accertamento formale dello *status* di padre naturale.

## **7. Il "cedimento" dello *status* alla luce dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 279 c.c.; la prevalenza del principio di responsabilità genitoriale sull'efficacia preclusiva dello *status*.**

Se è fuori di dubbio che il sistema dello *status* vale, di regola, ancora oggi al fine

---

<sup>238</sup> M. SESTA, *Il giudizio di ammissibilità dell'azione giudiziale di genitorialità*, op. cit., p. 611, il quale, tuttavia, rileva come "nel giudizio di merito il giudice certamente non potrebbe, neppure nell' "interesse del minore", negare la verità biologica della genitorialità, unico oggetto della controversia; è evidente, infatti, che la dichiarazione giudiziale ha come presupposto l'evento del concepimento ad opera del convenuto, fatto che di per sé, è vero o falso, e come tale in suscettibile di altri apprezzamenti".



di costituire<sup>239</sup> nella forma più ampia, completa e certa<sup>240</sup>, il rapporto di filiazione ed il corrispondente accertamento della qualità di padre, non di meno si deve riconoscere che il medesimo “meccanismo” non esaurisce la molteplicità delle situazioni in cui acquista rilevanza giuridica la relazione di parentela tra padre e figlio<sup>241</sup>.

Da un lato, infatti, è noto come l'accertamento dello *status filiationis* determini il sorgere in capo al relativo genitore della potestà, del diritto di attribuire il proprio nome<sup>242</sup>, dell'efficacia preclusiva dell'accertamento perseguito attraverso l'opponibilità

---

<sup>239</sup> Sulla natura dichiarativa costitutiva della sentenza di accertamento della paternità naturale, cfr., Cass., Sez. I, 3 novembre 2006, n. 23596, in *Foro it.*, 2007, I, 86, con nota di C. CASABURI. Secondo tale pronuncia “il termine decennale di prescrizione del diritto del genitore naturale al rimborso da parte dell'altro genitore, coobbligato, delle spese sostenute per il mantenimento del figlio decorre dal riconoscimento da parte di detto coobbligato, ovvero dal passaggio in giudicato della sentenza di accertamento giudiziale della paternità o della maternità che in quanto attributiva dello *status* di figlio naturale, costituisce il presupposto per la domanda in oggetto” (segue seconda parte della massima). Nella citata decisione la Corte ricorda il principio per cui la sentenza di accertamento della paternità o maternità naturale ha natura dichiarativa (*ex multis*, Cass., Sez. I, 23 gennaio 1993, n. 791, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1914 e Cass., Sez. I, 2 febbraio 2006, n. 2328, in *Giur. it.*, 2007, 5, p. 1138); tuttavia, chiarisce come tale principio vada inteso nel senso che la sentenza accerta uno *status* che attribuisce al figlio naturale tutti i diritti che competono al figlio legittimo con efficacia retroattiva, sin dal momento della nascita, secondo la previsione dell'art. 147 e 148 c.c. in forza del combinato disposto degli artt. 261 e 277. L'esercizio dei diritti che derivano dal tale *status* non può prescindere dall'accertamento giudiziale o dal riconoscimento effettuato dal genitore, di guisa che la sentenza per tali profili va qualificata come costitutiva, “nel senso che senza di essa lo *status* di figlio naturale non sorge e non vi può essere rivendicazione utile dei diritti che a tale *status* si accompagnano ancorché per effetto della pronuncia il godimento di tali diritti retroagisca al momento della nascita”.

<sup>240</sup> A. CHECCHINI, *Azione di mantenimento e rifiuto dello status da parte del figlio naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, p. 679 ss.,

<sup>241</sup> U. MAJELLO, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, *op. cit.*, p. 240; l'a. rileva proprio come lo *status* sia la forma più immediata di tutela di alcune qualità familiari e precisamente quelle che presuppongono o la filiazione legittima o la naturale o la adottiva. Tuttavia, al di fuori di queste ipotesi, non si può escludere che esistano altre qualità personali di natura familiare che prescindono dai caratteri formali dello *status* e di ciò l'a. trova conferma principalmente nell'art. 74 c.c. che nel determinare la nozione di parentela non tiene conto della nozione di stato.

<sup>242</sup> Sulla trasmissione generazionale del cognome paterno, cfr. Cass., ord., 17 luglio 2004, n. 13298 in *Fam. e dir.*, 2004, p. 457 con nota di V. CARBONE, *Quale futuro per il cognome?* (Cognome del figlio legittimo: dubbio di costituzionalità relativamente all'automatico acquisto del cognome del padre pur in presenza di diversa volontà dei coniugi legittimamente manifestata). L'ordinanza ha sollevato la questione di legittimità costituzionale degli artt. 143 *bis*, 236, 237 comma 2°, 262, 299 comma 3° e 33 e 34 d.p.r. n. 396/2000 in riferimento agli artt. 2, 3, 29 comma 2°, della Costituzione nella parte in cui si prevede che il figlio legittimo acquisti automaticamente il cognome del padre anche quando vi sia in proposito una diversa volontà dei genitori; Corte Cost., 16 febbraio 2006, n. 61, in *Famiglia*, 2006, II, p. 931 ss. con nota di M. N. BUGETTI, *Il cognome della famiglia tra istanze individuali e principio di*

*erga omnes* del corrispondente titolo dello stato; dall'altro, pare altrettanto innegabile che il rapporto di filiazione resti in qualche misura tutelato e garantito a prescindere dall'accertamento formale dello *status* stante la previsione costituzionale dell'art. 30, comma 1° Cost. secondo la quale "è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio" assurto a fondamento del principio di responsabilità per il fatto della procreazione<sup>243</sup>.

Proprio tale previsione, infatti, giudicata da autorevole dottrina di efficacia precettiva immediata<sup>244</sup>, ha guidato il Legislatore della Riforma del 1975 (art. 121) sulla spinta della Corte costituzionale<sup>245</sup> a modificare radicalmente l'originaria previsione dell'art. 279 del codice del 1942 trasformando l'azione alimentare in azione rivolta ad ottenere il mantenimento, l'istruzione e l'educazione, e svincolandone l'applicazione dalle ipotesi particolari previste nel testo precedente<sup>246</sup>.

---

eguaglianza. La decisione della Corte sull'ordinanza testé citata ha dichiarato inammissibili le questioni sul rilievo che l'intervento invocato richiederebbe una operazione manipolativa che esorbita dai poteri della Corte Costituzionale. Cfr., Cass., Sez. I, 26 maggio 2006, n. 12641 sul cognome del figlio naturale in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 308 ss. con nota di R. VILLANI, *L'attribuzione del cognome ai figli (legittimi e naturali) e la forza di alcune regole non scritte: è tempo per una nuova disciplina?*; in *Familia*, 2006, II, p. 951 con nota di V. CARBONE, *L'inarrestabile declino del patronimico*; Cass., Sez. I, 14 luglio 2006, n. 16093 (che si è avuta dopo l'ordinanza di remissione alla Corte Cost. e la risposta di quest'ultima) in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 308 ss. con nota di R. VILLANI, cit.; V. CARBONE, *I conflitti sul cognome del minore in carenza di un intervento legislativo e l'emergere del diritto all'identità personale*, nota a Cass., Sez. I, 14 luglio 2006, n. 16095 e a Cass., Sez. I, 26 maggio 2006, n. 12641, in *Fam. e dir.*, 2006, p. 469 e ss.

<sup>243</sup> Cfr. *supra*, Capitolo I, paragrafo 5. Si è già rilevato come in tale disposizione non si fa distinzione tra genitori coniugati e non coniugati, ma si collega il contenuto essenziale del rapporto di filiazione, dato dal tritico inscindibile del mantenimento, istruzione, ed educazione, al fatto della generazione, senza alcun ulteriore riferimento o specificazione all'accertamento formale del rapporto procreativo.

<sup>244</sup> A. DE CUPIS, *sub art. 279 c.c., op. cit.*, p. 279 ss. ed ivi nota 1.

<sup>245</sup> Corte Cost., 8 maggio 1974, n. 121, in *Foro it.*, I, 1981, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 30, comma 1° Cost., dell'art. 279 c.c. nella parte in cui, nei casi di divieto di indagini sulla paternità e maternità ai sensi dell'art. 278 ed in ogni altro caso in cui non possa più proporsi l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità, non riconosce al figlio naturale, nelle tre ipotesi indicate nello stesso articolo ed in aggiunta al diritto agli alimenti, quello al mantenimento, all'educazione e all'istruzione. A. TRABUCCHI, *Obblighi di mantenimento ed educazione per i figli irricognoscibili e nessun diritto, in corrispondenza, dei genitori*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, II, p. 232, ove l'a., ricorda come la Corte nella pronuncia citata distingue l'esercizio della potestà dagli obblighi di mantenimento istruzione ed educazione e si chiede legittimamente in che cosa l'obbligo di educare si discosta dal contenuto normale dei poteri di chi esercita la potestà?

<sup>246</sup> In tal senso, A. DE CUPIS, *sub art. 279 c.c., cit.* il quale ricorda come prima della Riforma, il codice civile del 1942 nell'art. 279 attribuiva un'azione alimentare al figlio naturale escluso, in ragione della sua

Segnatamente, il risultato complessivo della modificazione intervenuta sull'art. 279 c.c. è dato dall'attuale formulazione legislativa la quale dispone che "in ogni caso in cui non può proporsi l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità, il figlio naturale può agire per ottenere il mantenimento, l'istruzione e l'educazione. Il figlio naturale se maggiorenne e in stato di bisogno può agire per ottenere gli alimenti".

Come ha chiaramente evidenziato anche la Cassazione<sup>247</sup>, la norma contiene due precetti: il primo, concerne il mantenimento e riguarda il figlio naturale senza alcun riferimento all'età, per cui si riferisce al figlio minore o maggiorenne che non abbia ancora raggiunto una propria indipendenza economica; il secondo precetto contempla l'ipotesi in cui il figlio, divenuto maggiorenne e per il quale non siano più poste esigenze di mantenimento, istruzione, educazione, si trovi in stato di bisogno; in tal caso, la legge lo legittima a chiedere gli alimenti.

Se, in linea di principio, si può affermare che questi sono gli effetti unanimemente condivisi dalla dottrina nell'interpretazione di tale "istituto", diversamente si deve concludere per ciò che concerne i presupposti di applicabilità del rimedio *de quo* anche in considerazione dei recenti cambiamenti intervenuti per i c.d. "figli di genitori incestuosi"<sup>248</sup>.

---

adulterinità o incestuosità, dalla possibilità di conseguire lo stato di figlio naturale mediante la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità e al figlio naturale incorso nella decadenza dall'azione di reclamo dello stato di figlio naturale nei confronti del padre, subordinatamente alla sussistenza di determinate ipotesi, tra le quali si ricorda l'indiretta risultanza della maternità o della paternità da sentenza civile o penale, la dipendenza della paternità o maternità da matrimonio dichiarato nullo, la risultanza della paternità o della maternità da non equivoca dichiarazione scritta dei genitori.

<sup>247</sup> Cass., Sez. I, 1° aprile 2004, n. 6365 in *Fam. e dir.*, 2005, p. 27 con nota di M. SESTA, *Un ulteriore passo avanti della S. C. nel consentire la richiesta di alimenti al preteso padre naturale da colui che ha lo stato di figlio legittimo altrui*; in *Giur. it.*, 2005, p. 1830 ss., con nota di F. PROSPERI, *Paternità naturale, stato di figlio legittimo altrui, efficacia preclusiva degli atti di stato civile e dubbi sulla perdurante operatività dell'art. 279 c.c.* [La decisione giunge a definire come vada interpretata l'impossibilità che costituisce il presupposto per l'esperibilità dell'azione e ritiene che essa non debba essere circoscritta all'impossibilità originaria e assoluta, paventata dalla Corte di merito, ma vada estesa a quella sopravvenuta, riconoscendo, quindi anche al figlio legittimo, decaduto dall'agire in disconoscimento per una propria precisa e consapevole scelta, la legittimazione ad agire *ex art. 279 c.c.* nei confronti degli eredi del proprio padre naturale al fine di ottenere gli alimenti.]

<sup>248</sup> La posizione dei figli incestuosi alla luce dell'intervento della Corte Cost., 28 novembre 2002, n. 494: "E' incostituzionale l'art. 278, comma 1° c.c. nella parte in cui esclude la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturali e le relative indagini, nei casi in cui, a norma dell'art. 251, 1° comma c.c., è vietato il riconoscimento dei figli incestuosi" in *Foro it.*, 2004, I, 1053; in *Nuova giur. civ. comm.*,

Invero, desta curiosità la lettura delle pagine della dottrina di commento alla legge di Riforma del 1975; in esse, infatti, a proposito dell'art. 279 c.c. è dato leggere come le restrizioni vigenti *ante* riforma circa la possibilità di ottenere la dichiarazione giudiziale di paternità e di maternità facevano sì che “al rimedio succedaneo rappresentato dall'azione alimentare corrispondesse una notevole sfera d'applicazione”; diversamente, invece, “ora che la paternità naturale e la maternità naturale possono essere dichiarate in tutti i casi in cui il riconoscimento è ammesso, vale a dire a favore di tutti i figli naturali, esclusi i soli figli incestuosi generati in mala fede, [...] all'art. 279 residua un campo d'applicazione proporzionalmente limitato”.

In buona sostanza, l'interpretazione tradizionale dominante di dottrina e giurisprudenza<sup>249</sup> riteneva che l'*incipit* dell'art. 279 c.c. “in ogni caso in cui non può proporsi l'azione [...]” dovesse riferirsi esclusivamente a quei figli incestuosi<sup>250</sup>, per i quali la mancanza di buona fede dei genitori, della nullità del matrimonio da cui deriva l'affinità, l'assenza del ratto o della violenza carnale (art. 278, comma 2° c.c.)<sup>251</sup>, rendevano impossibile tanto il riconoscimento (art. 252 c.c.) quanto l'azione giudiziale di genitorialità giusto il disposto dell'art. 278 comma 1° c.c.

---

2003, I, p. 543 ss. con nota di M. DI NARDO, *La filiazione incestuosa: al vaglio della Consulta i limiti all'accertamento giudiziale del rapporto*; A. RENDA, *Verso la scomparsa dei figli incestuosi? Riflessioni a margine della sentenza n. 494/2002 della Consulta*, in *Fam. e dir.*, 2004, 96.

<sup>249</sup> A. DE CUPIS, *sub* art. 279 c.c., *op. cit.*; A. TRABUCCHI, *Ancora sulla richiesta di alimenti al preteso padre naturale di chi ha lo stato di figlio legittimo altrui*, nota a Trib. Bologna, 15 marzo 1974, in *Giur. it.*, I, 2, p. 1029, per la quale “chi ha lo stato di figlio legittimo risultante dall'atto di nascita non può proporre azione per conseguire l'assegno alimentare di cui all'art. 279 codice civile, come figlio naturale non riconoscibile di altro genitore”. L'a., rileva come l'art. 279 c.c. sia stato previsto per sopperire a una mancanza, e non per aprire la via a nuove prospettive a vantaggio di chi ritenesse di non avere sufficiente soddisfazione dell'accertamento di una posizione legale. U. MAJELLO, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, *op. cit.*, p. 244; P. VERCELLONE, *La filiazione legittima, naturale, adottiva e la procreazione artificiale*, nel *Trattato Vassalli*, III, 2, Utet, Torino, 1987, p. 173 ss.

<sup>250</sup> Si reputano tali ai sensi dell'art. 251 c.c., i figli nati da persone, tra le quali esiste un vincolo di parentela anche soltanto naturale, in linea retta all'infinito o in linea collaterale nel secondo grado, ovvero un vincolo di affinità in linea retta; nei confronti di tali figli non è possibile procedere al riconoscimento (art. 251 c.c.) e stante il disposto di cui all'art. 269 c.c. neppure è consentito esperire l'azione giudiziale di maternità o paternità naturali. Tuttavia, tali divieti sono superabili, previa autorizzazione del giudice, in ipotesi di buona fede di uno o entrambi i genitori al momento del concepimento e nel caso in cui sia annullato il matrimonio da cui deriva l'affinità.

<sup>251</sup> L. CARRARO, nel *Commentario dir. it. fam.*, V, Cedam, Padova, 1992, *sub* art. 594, p. 189.

Contrariamente, una parte minoritaria della dottrina<sup>252</sup>, seguendo una differente interpretazione, era pervenuta a ritenere l'azione *de qua* esperibile nei confronti del padre naturale (biologico) anche da colui che avendo già lo *status* di figlio legittimo altrui, non potrebbe essere riconosciuto dal padre biologico né agire con il reclamo di paternità stante la preclusione contenuta nell'art. 253 c.c.<sup>253</sup>. Tra i soggetti che “non possono esercitare l'azione giudiziale di paternità” ai sensi dell'art. 279 c.c., vi era senz'altro colui che aveva lo *status* di figlio legittimo altrui<sup>254</sup>.

Secondo tale interpretazione, l'azione *ex art. 279 c.c.*, non incontra di certo la preclusione dell'art. 253 c.c., posto che la stessa non è diretta alla costituzione di uno *status filiationis* (incompatibile con lo stato di legittimo) ma esclusivamente a conseguire il mantenimento, l'istruzione, l'educazione, nonché gli alimenti.

E a quanti ribattevano che sussistendo già uno *status legitimitatis* e la preclusione di un successivo riconoscimento (art. 253 c.c.), la disposizione contenuta nell'art. 278 c.c. avrebbe in ogni caso impedito qualsivoglia indagine sulla ricerca della paternità - anche se diretta all'accertamento *incidenter tantum* della paternità biologica, - si rispondeva che la nuova formulazione dell'art. 278 c.c. deponeva nel senso di ritenere sempre possibili le indagini sulla genitorialità effettiva (tranne l'ipotesi

---

<sup>252</sup> M. SESTA, *Stato di figlio legittimo e richiesta di alimenti al padre naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, II, p. 460 ss. cui si rimanda per una panoramica sulla giurisprudenza dominante negli anni precedenti la riforma. L'a., in particolare auspica una integrazione del titolo dello stato con il dato reale, ritenendo che il sistema non escluda a colui che ha uno *status* di figlio legittimo altrui di vedersi riconoscere diritti dimostrando ai sensi dell'art. 279 c.c. una contrastante paternità. Conclude, tuttavia, che tali diritti saranno solo quelli di natura patrimoniale cioè mantenimento o alimenti, e in certa misura istruzione (intesa come apprestamento di mezzi destinati a realizzare l'effetto).

<sup>253</sup> A tale ipotesi, si affianca quella in cui il figlio non è riconosciuto ma pur potendo agire *ex art. 269 c.c.*, preferisce il rimedio di cui all'art. 279 c.c.; cfr. A. CHECCHINI, *Azione di mantenimento e rifiuto dello status da parte del figlio naturale*, *op. cit.*, p. 679 ss. il quale rileva come la norma costituzionale sulla tutela primaria del rapporto di filiazione non lasci spazio per una terza ipotesi all'infuori di queste due: o al figlio spetta la tutela primaria, con l'instaurazione di ogni rapporto personale e patrimoniale o gli spetta la tutela ridotta *ex art. 279 c.c.* ma in via eccezionale. L'eccezione è giustificata dal divieto posto dalla legge (artt. 251 e 253 c.c.) o dal pregiudizio effettivo che l'accertamento provocherebbe al figlio.

<sup>254</sup> P. VERCELLONE, *La filiazione legittima, naturale, adottiva e la procreazione artificiale*, *op. cit.*, p. 175 per il quale l'azione *ex art. 279 c.c.* non è impedita a chi ha lo stato di figlio legittimo, legittimato o naturale di altra persona. Prosegue l'a. rilevando come ciò che conta sia che l'azione di accertamento sia improponibile attualmente, cioè quando il figlio agisce a norma dell'art. 279 c.c. “non pare logico addossare al figlio l'onere di superare l'attuale impossibilità ricorrendo alle azioni di disconoscimento o

dell'incesto) anche quando il riconoscimento è vietato<sup>255</sup>.

La stessa Corte di Cassazione nella decisione n. 467/1986<sup>256</sup>, avvicinandosi a tale ultima interpretazione, è giunta a ritenere “ammissibile l'accertamento *incidenter tantum*, della filiazione naturale, indipendentemente dal riconoscimento o dall'attribuzione di uno *status* personale: tale accertamento è compatibile con un eventuale *status* di figlio legittimo, salvo i limiti alle indagini sulla paternità o maternità previsti dalla legge”; l'argomentazione del Supremo Collegio a sostegno di tale conclusione merita di essere ricordata. E' dato leggere, infatti, come sia fondamentale operare un distinguo tra il “semplice accertamento della procreazione naturale come puro fatto materiale storicamente vero e come tale innegabile” ed il riconoscimento di uno *status* personale che costituisce un bene della vita direttamente tutelato dalla legge e, più precisamente, una qualità personale il cui accertamento giudiziale può essere chiesto in via autonoma, immediata ed esclusiva, indipendentemente dai diritti che in conseguenza di quella situazione spettano al soggetto. Ad accentuare la non confondibilità dei due concetti, la Cassazione osserva che l'attribuzione dello stato di figlio legittimo “non è necessariamente sempre basata sulla verità accertata del fatto procreativo” di guisa da poter concludere che “verità naturale e verità legale operano su piani diversi”.

In tale prospettiva, il Collegio rileva come tale risultato basti a spiegare perché l'accertamento di quel fatto, a differenza del riconoscimento di uno *status*, sia suscettibile di essere effettuato *incidenter tantum*, e quindi senza efficacia di giudicato

---

di impugnazione del riconoscimento: col rischio che, accolte quelle sue domande, poi non sia accolta la domanda *ex art. 279 cod. civ.*”

<sup>255</sup> Mentre infatti il vecchio testo dell'art. 278, comma 1° c.c. recitava “non sono ammesse le indagini sulla paternità e sulla maternità nei casi in cui il riconoscimento è vietato”, il corrispondente comma 1° dispone ora :“le indagini sulla paternità o sulla maternità non sono ammesse nei casi in cui, a norma dell'art. 251 il riconoscimento dei figli incestuosi è vietato”. V. Cass., Sez. I, 24 gennaio 1986, n. 467, in *Foro it.*, I, 1987, 542.

<sup>256</sup> Cass., Sez. I, 24 gennaio 1986, n. 467, in *Foro it.*, I, 1987, 542 con nota di R. P. VINCELLI; la decisione citata ha ad origine la seguente fattispecie: Tizia, risultante figlia legittima della madre e del di lei coniuge, agisce nei confronti della madre legittima nonché delle sorelle naturali - avute dalla madre con altra persona - al fine di ottenere l'assegno vitalizio previsto dall'art. 580 c.c. previo accertamento della filiazione naturale rispetto al vero padre naturale nel frattempo deceduto. Cass., Sez. I, 22 gennaio 1992, n. 711, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 137 con nota di M. SESTA, *Sui diritti del preteso padre naturale da parte di colui che ha lo stato di figlio legittimo altrui.*

in quanto, nella specie, riguarda un diritto limitato e circoscritto che si estrinseca solo in un rapporto personale di obbligazione.

Nonostante tale assunto, la Corte, nella medesima decisione si affretta a correggere il tiro, chiarendo come “l'impossibilità” di proporre l'azione per la dichiarazione di paternità (o maternità naturale) di cui al primo alinea dell'art. 279 c.c., debba essere intesa - almeno per quanto concerne l'assegno vitalizio sull'eredità del padre naturale di cui all'art. 580 o 594<sup>257</sup> c.c. - come *assoluta ed originaria* non potendosi considerare tale quella dipendente da un comportamento volontario del figlio, il quale, nel caso concreto, aveva inutilmente lasciato decorrere i termini per l'impugnazione dello stato di figlio legittimo<sup>258</sup>.

Invero, su tale filone giurisprudenziale, si innesta perfettamente la già ricordata innovazione intervenuta nell'ambito del regime della c.d. filiazione incestuosa per la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 278 c.c. nella parte in cui esclude la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità e le relative indagini nei casi in cui il riconoscimento dei figli incestuosi è vietato.

Segnatamente, oggi, si può ritenere che non vi sono più ipotesi in cui il figlio incestuoso irricognoscibile non può accertare formalmente il rapporto di filiazione attraverso l'azione giudiziale di paternità o maternità naturale; tale strada, infatti, non gli è più preclusa mentre permane il divieto del riconoscimento.

Con tale modificazione, allora, è chiaro che l'art. 279 c.c. nell'interpretazione tradizionale restrittiva, già in allora fortemente ridimensionato, sarebbe oggi pressoché disapplicato atteso che il figlio incestuoso può sempre far accertare il rapporto di filiazione attraverso la domanda di attribuzione dello *status*.

In altre parole, se l'art. 279 c.c. si riferisse esclusivamente a quella originaria filiazione incestuosa irricognoscibile, ora come ora, la disposizione resterebbe “lettera morta”.

Del resto, si è detto come la giurisprudenza abbia provveduto ad estendere l'ambito di applicabilità dell'art. 279 c.c. nei casi in cui il figlio, pur titolare di uno

---

<sup>257</sup> I quali rimandano testualmente alla fattispecie di cui all'art. 279 c.c.

<sup>258</sup> Cfr. Trib. min. Abruzzo, L'Aquila, decr. 9 febbraio 1999, secondo la quale l'impossibilità assoluta e originaria a proporre l'azione di dichiarazione giudiziale di paternità va interpretata come riferibile ai soli

*status* di figlio legittimo, si trovasse nell'impossibilità assoluta e originaria di proporre l'azione giudiziale di genitorialità nei confronti del preteso padre biologico e non anche qualora avesse consapevolmente deciso di lasciar decorrere i termini per l'azione di disconoscimento della paternità.

In tal modo, si affermava che l'efficacia preclusiva degli atti di stato civile non era di ostacolo a che il figlio legittimo altrui potesse far valere i diritti derivanti dal rapporto di filiazione naturale non riconoscibile, accertabile *incidenter tantum*.

Del "pericolo" di vanificare il rimedio approntato dalla disposizione contenuta nell'art. 279 c.c. pare essersi accorta la Cassazione, la quale ancora di recente, ha precisato come "l'impossibilità" richiesta quale presupposto dall'art. 279 c.c. di esperire l'azione giudiziale di cui all'art. 269 c.c. risulti integrata "anche qualora si tratti di impossibilità sopravvenuta, perché derivante dall'omesso esperimento, nel termine di decadenza all'uopo fissato, dell'azione di disconoscimento del padre legittimo"<sup>259</sup>.

La Cassazione, seguendo l'interpretazione letterale, logica e costituzionalmente orientata dell'art. 279 c.c. in relazione all'art. 30, comma 1° Cost., amplia la portata applicativa della norma *de qua* in nome del preminente interesse "patrimoniale"<sup>260</sup> del figlio a vedersi comunque assicurato, vuoi dai genitori legittimi, vuoi dal padre biologico, se i genitori legittimi non hanno mezzi per provvedervi, il "mantenimento (o

---

figli incestuosi non riconoscibili, in *Fam. e dir.*, 2000, p. 52 con nota di G. GIOIA, *L'obbligo di mantenimento tra padre putativo e padre biologico*.

<sup>259</sup>Cass., Sez. I, 1° aprile 2004, n. 6365, in *Fam. e dir.*, 2005, p. 27 con nota di M. SESTA, *Un ulteriore passo avanti della S.C. nel consentire la richiesta di alimenti al preteso padre naturale da colui che ha lo stato di figlio legittimo altrui*; in *Giur. it.*, 2005, p. 1380 ss. con nota di F. PROSPERI, *Paternità naturale, stato di figlio legittimo altrui, efficacia preclusiva degli atti di stato civile e dubbi sulla perdurante operatività dell'art. 279 c.c.* La fattispecie concreta giunta all'attenzione del Supremo Collegio, e nello specifico, si trattava di un figlio maggiorenne e in stato di bisogno il quale sostenendo di avere uno stato di figlio naturale in contrasto con lo stato di figlio legittimo risultante dall'atto di stato civile, ha adito il Tribunale al fine di essere autorizzato ai sensi dell'art. 274 c.c. a promuovere l'azione di cui all'art. 279 c.c. nei confronti degli eredi del preteso padre naturale. La sentenza citata estende la legittimazione a conseguire l'assegno di cui all'art. 279 c.c. anche al figlio naturale irriconoscibile non in quanto incestuoso, ma perché dall'atto di nascita risulta figlio legittimo altrui e sono già decorsi i termini di decadenza per l'esercizio dell'azione di disconoscimento di paternità. E' doveroso precisare, che se questo è il risultato sintetizzato dalla Cassazione nel passaggio finale della decisione, tuttavia, nella parte iniziale della sentenza - in punto di diritto - la Corte non ha mancato di rilevare come il figlio avesse non consapevolmente lasciato decorrere i termini per l'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità legittima, verificandosi nel caso di specie, una causa di forza maggiore.

<sup>260</sup> A. PALAZZO, *Atto di nascita e riconoscimento*, *op. cit.*, p. 151.



un sostegno economico)”,<sup>261</sup>.

La conclusione cui è pervenuta la Cassazione, lascia irrisolti numerosi problemi, come il valore del concetto di *status* e la sua efficacia preclusiva in relazione al principio di responsabilità per la procreazione, nonché i contenuti degli effetti derivanti da tale ultimo principio costituzionale<sup>262</sup>.

Se lo *status*, nella filiazione da procreazione naturale, deve rispettare la veridicità del rapporto e mira tendenzialmente a rispecchiare tale verità naturale, - ciò che si è detto sembra riconoscersi in relazione alla portata complessiva della Riforma del 1975 e nei successivi interventi giurisprudenziali che muovono secondo tale linea direttiva - ci si chiede che senso abbia dover accertare - se pure incidentalmente, (infatti, è richiesto un vero e proprio accertamento probatorio) - la paternità biologica in contrasto con lo *status* di figlio legittimo risultante dall’atto di nascita, al fine di riconoscere il diritto al mantenimento, all’istruzione e all’educazione, e lasciare inalterato uno *status* di legittimità che può risultare non corrispondente al vero<sup>263</sup>.

Si continua a preferire “una stabilità formale” derivante dallo *status* in contrasto con l’esigenza attualmente preponderante di ancorare il principio di certezza alla verità della procreazione naturale.

In tale prospettiva, una prima soluzione *de iure condendo* potrebbe consistere nel rendere imprescrittibile riguardo al figlio l’azione di disconoscimento della paternità al fine di realizzare - una volta accertata la verità biologica - la piena corrispondenza tra *status* e verità della procreazione.

Né può valere l’argomentazione sopra riferita dalla Cassazione secondo cui il giudizio *ex art. 279 c.c.* ha natura incidentale e non coinvolge il profilo dello *status* atteso che verità materiale e verità legale operano su piani diversi<sup>264</sup>.

---

<sup>261</sup> Sono le parole della Cassazione.

<sup>262</sup> G. CRISCUOLI, *Uso della pillola, responsabilità da concepimento e tutela del figlio: da una sentenza scozzese a una riserva di incostituzionalità dell’art. 279 c.c.*, in *Dir. fam. pers.*, 1980, II, p. 553 ss.

<sup>263</sup> F. PROSPERI, *Paternità naturale, stato di figlio legittimo altrui, efficacia preclusiva degli atti di stato civile e dubbi sulla perdurante operatività dell’art. 279 c.c.*, *op. cit.*, il quale ritiene più ragionevole dimostrare la falsità delle risultanze anagrafiche, “precludendo al figlio di continuare a giovare di uno stato familiare in contrasto con la verità giudizialmente accertata”.

<sup>264</sup> M. SESTA, *Stato di figlio legittimo e richiesta di alimenti al padre naturale*, *op. cit.*, p. 486; Cass., Sez. I, 24 gennaio 1986, n. 467, in *Foro it.*, I, 1987, p. 542.

Non può sottacersi, infatti, come il giudizio sia esso di natura incidentale o principale, ha ad oggetto l'accertamento di un unico fatto fondante il principio di responsabilità di cui all'art. 30, comma 1° Cost., cioè la veridicità del concepimento, il quale o è vero o non lo è.

La stessa previsione costituzionale non opera alcun distinguo sul punto; anzi prescinde dal contesto giuridico processuale in cui la procreazione può realizzarsi.

Segnatamente, può condividersi la preoccupazione di quanti si chiedono se sia ancora corretto affermare che l'accertamento della filiazione ai sensi dell'art. 279 c.c. non urta con l'efficacia preclusiva degli atti di stato civile<sup>265</sup>.

E' noto come l'efficacia preclusiva dello *status*, nella accezione tradizionale, significhi che in nessun modo è consentito accertare fatti incompatibili con quanto risulta accertato e documentato dal titolo, se non previo esperimento di un apposito giudizio di stato che toglie di mezzo il titolo<sup>266</sup>.

A prescindere dalle autorevoli opinioni dottrinali sulla funzione del titolo dello stato di cui si è detto<sup>267</sup>, il diritto positivo impone ancor oggi di considerare l'atto di nascita prova legale della filiazione legittima (art. 236 c.c.).

Parimenti, si è già evidenziato come anche l'accertamento della paternità biologica *ex art. 279 c.c.* abbisogni di dover essere provato nel giudizio incidentale al fine dell'accoglimento della domanda.

Si conseguirebbero in tal modo, un atto di nascita con valore di certezza legale e nel contempo di prova legale<sup>268</sup> che accerta un fatto materiale di procreazione ed un

---

<sup>265</sup> F. PROSPERI, *Paternità naturale, stato di figlio legittimo altrui, efficacia preclusiva degli atti di stato civile e dubbi sulla perdurante operatività dell'art. 279 c.c.*, cit.

<sup>266</sup> U. MAJELLO, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, sub art. 253 c.c., *op. cit.*, p. 76 ss.; "in altri termini, il contrasto tra due certezze giuridiche, tra loro incompatibili, in tanto si risolve a favore della prima, in quanto l'effetto preclusivo del primo atto impedisce il formarsi di un ulteriore atto di accertamento con esso incompatibile". M. S. GIANNINI, voce "Certezza pubblica", in *Enc. del dir.*, VI, Giuffrè, Milano, 1960, p. 769 ss.

<sup>267</sup> V. paragrafo 2 di questo capitolo.

<sup>268</sup> M. S. GIANNINI, voce "Certezza pubblica", *op. cit.*, p. 769 ss. per il quale gli atti di stato civile quali atti di certezza legale ad uso necessario, appaiono come atti che obbligano ad assumere come vincolanti le rappresentazioni che contengono. L'a. chiarisce il rapporto tra processo e certezza legale precisando come il processo si pone quale strumento - il più importante - di verifica delle certezze pubbliche. "Altro è però il primato dello strumento processuale, altro il confondere certezza e probatorietà, strumento di certezza e mezzo di prova, verifica della certezza e verifica o valutazione della prova".

giudizio che accerta per lo stesso soggetto - ma sotto il profilo meramente probatorio - un diverso fatto materiale di procreazione. Ma se certezza legale e processo devono rimanere su due piani distinti fino a che il processo diventa lo strumento di verifica della certezza legale, che valore rimarrà in capo a quell'atto di nascita dopo che il giudizio incidentale avrà dato la prova - contraria - dell'esistenza di un diverso rapporto di filiazione e quindi dell'inesistenza del rapporto documentato nel titolo? Si potrebbe ritenere che il giudizio *ex art. 279 c.c.* è un giudizio di stato oppure se non lo è, esso arriva a scalfire non solo l'efficacia preclusiva dello *status*, ma altresì, il valore di prova legale del titolo.

Né si può sostenere, come vorrebbe la Cassazione, che l'azione *ex art. 279 c.c.* ha natura esclusivamente patrimoniale e non coinvolge profili personali del rapporto di filiazione (cosa che invece accade con lo *status*); tale conclusione, cui era pervenuta anche la dottrina favorevole all'applicabilità dell'*art. 279 c.c.* a chi ha lo stato di figlio legittimo altrui<sup>269</sup>, non tiene debitamente conto della "lettera" della disposizione, la quale parla indifferentemente del diritto al mantenimento, all'istruzione e all'educazione come prevede l'*art. 30, comma 1° Cost.*

E' chiaro, infatti, che se nel diritto al mantenimento può trovarsi accentuato tale profilo patrimoniale, non allo stesso modo può concludersi per ciò che riguarda il diritto all'istruzione e all'educazione, i cui contenuti presuppongono la considerazione della persona del figlio.

Si può anche rilevare come vi sia una perfetta coincidenza tra il diritto al mantenimento, all'educazione e all'istruzione di cui all'*art. 279 c.c.* ed i medesimi diritti discendenti dalla potestà parentale che si consegue con l'accertamento dello *status* (*art. 147 c.c.*).

A conferma di tale conclusione, infatti, si rammenta come la stessa giurisprudenza abbia evidenziato che il figlio naturale (il quale si trovi ad avere anche lo stato di figlio legittimo altrui), poiché il sistema non contempla un doppio e contestuale titolo di mantenimento, può proporre le azioni previste dall'*art. 279 c.c.* qualora "i genitori legittimi non abbiano i mezzi per provvedere oppure qualora, per le circostanze

---

<sup>269</sup> M. SESTA, *Stato di figlio legittimo e richiesta di alimenti al padre naturale*, *op. cit.*, p. 486.

del caso concreto da accertare volta per volta, il figlio medesimo non possa comunque ottenere il mantenimento (o un sostegno economico) dai detti genitori legittimi”.

Ma quando non si pone un problema economico, ma “solamente” di inettitudine personale dei genitori legittimi all’educazione del figlio o alla sua istruzione, ci si chiede, potrebbe il figlio legittimo altrui agire *ex art. 279 c.c.* nei confronti del padre biologico?

In tale prospettiva, si è accentuato come si sia riconosciuta l’esperibilità dell’azione *ex art. 279 c.c.* quale rimedio subordinato, residuale all’impossibilità dei genitori legittimi di adempiere ai doveri nei confronti del figlio.

Tale giudizio, tuttavia, quantomeno quando rasenta profili differenti da quello meramente patrimoniale, rimane legato a valutazioni arbitrarie e difficilmente calibrabili nel conflitto tra i due contendenti e rischia di confondere il presupposto dell’azione *ex art. 279 c.c.*, cioè il mancato spontaneo adempimento del genitore biologico a quei doveri che gli derivano dal fatto della procreazione, con quelle circostanze che nella filiazione legittima danno luogo ad altri rimedi, quali ad esempio, i provvedimenti di decadenza dalla potestà parentale (art. 330 c.c.).

Con la decisione n. 6365/2004 la Cassazione giunge ad ammettere una contemporanea pluralità di accertamenti, - vuoi in via principale, vuoi in via incidentale - di una situazione che di fatto è e non può che essere unica: la veridicità e l’esclusività del concepimento nella procreazione naturale.

In conclusione, quindi, si può rilevare che o lo *status* tende alla verità materiale e vuole rifletterla, e allora non si capisce che senso abbia lasciare in piedi uno *status* di legittimità che si sa non corrisponde al vero, oppure si ammette che lo *status* ancor oggi, nonostante le aperture al *favor veritatis* “viaggi in un binario parallelo” rispetto al principio di responsabilità per la procreazione.

Quest’ultimo principio, infatti, forte della propria impronta costituzionale, arriva a scalzare lo *status*, la sua tradizionale certezza, l’efficacia preclusiva, rendendo giuridicamente accertabile e provato un fatto che si pone in contrasto con la verità legale attestata nel titolo.

Il risultato di tale elaborazione non può che essere l’esistenza di una verità materiale giuridicamente accertabile che per l’uomo è rappresentata dal concepimento e

la cui rilevanza nella prospettiva costituzionale giunge a “superare” l’accertamento risultante dallo *status*.

