

# Nuovi paradigmi della filiazione

Atti del Primo Congresso Internazionale  
di Diritto delle Famiglie e delle Successioni

a cura di

Vincenzo Barba, Ettore William Di Mauro,  
Bruno Concas, Valentino Ravagnani





Collana Convegni 66

# DIRITTO, POLITICA, ECONOMIA

# Nuovi paradigmi della filiazione

Atti del Primo Congresso Internazionale  
di Diritto delle Famiglie e delle Successioni

*a cura di*

*Vincenzo Barba, Ettore William Di Mauro,  
Bruno Concas, Valentino Ravagnani*



SAPIENZA  
UNIVERSITÀ EDITRICE

2023

Volume pubblicato con il contributo dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza", Dipartimento di Diritto ed Economia delle Attività Produttive

El presente libro se enmarca en la ejecución del Proyecto de investigación "El Derecho de familia que viene. Retos y respuestas" [ref. PID2019-109019RB-I00], financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, dentro del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020, Convocatoria de 2019

Grupo de Investigación T.O.I. (Tandem Obtinet Iustitia)

Copyright © 2023

**Sapienza Università Editrice**

Piazzale Aldo Moro 5 – 00185 Roma

[www.editricesapienza.it](http://www.editricesapienza.it)

[editrice.sapienza@uniroma1.it](mailto:editrice.sapienza@uniroma1.it)

Iscrizione Registro Operatori Comunicazione n. 11420

*Registry of Communication Workers registration n. 11420*

ISBN: 978-88-9377-295-2

DOI: 10.13133/9788893772952

Publicato nel mese di ottobre 2023 | *Published in October 2023*



Opera distribuita con licenza Creative Commons Attribuzione – Non commerciale – Non opere derivate 3.0 Italia e diffusa in modalità open access (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

*Work published in open access form and licensed under Creative Commons Attribution – NonCommercial – NoDerivatives 3.0 Italy (CC BY-NC-ND 3.0 IT)*

Impaginazione a cura di | *Layout by:* Vincenzo Barba, Ettore William Di Mauro, Bruno Concas e Valentino Ravagnani.

In copertina | *Cover image:* Giuseppe Pellizza da Volpedo, *Girotondo*, 1906-1907, Milano, Galleria d'Arte Moderna.

# Indice

Prefazione <i>I Curatori</i>	9
PARTE I – LA MULTIPARENTALITÀ	
Famiglie reconstituite, multiparentalità e successioni: nuovi problemi <i>Vincenzo Barba</i>	15
Socioaffettività, adozione di integrazione e pluriparentalità <i>Mariana Callegari</i>	51
La multiparentalità nel diritto familiare cubano: una opzione possibile <i>Leonardo B. Pérez Gallardo</i>	65
Consorzi familiari non convenzionali, multiparentalità e autonomia negoziale <i>Valentino Ravagnani</i>	107
La riforma «di sistema» delle azioni di stato e le prospettive della «poligenitorialità» <i>Marco Rizzuti</i>	145
La costruzione di multiparentalidades a través de la adopción abierta <i>Paula Sanchez Richarte</i>	157
PARTE II – LA FILIAZIONE ADOTTIVA	
Per una riforma della disciplina dell'adozione, nell'interesse del minore <i>Claudia Benanti</i>	179

Adozione in casi particolari e recenti sviluppi giurisprudenziali. Quali conseguenze sulle trasformazioni della famiglia? <i>Serena Cancellieri</i>	191
Adozione in casi particolari e legami parentali <i>Valerio D'Alessandro</i>	207
La intervención de la mediación en conflictos derivados de la adopción abierta <i>Raquel Guillen Catalán</i>	227
Rapporti tra forma e sostanza nell'evoluzione dell'adozione in casi particolari <i>Gregorio Pacini</i>	249
La tutela dei minori orfani per crimini domestici tra affidamento e adozione <i>Chiara Sartoris</i>	271

PARTE III – LA FILIAZIONE NEL DIRITTO EUROPEO E INTERNAZIONALE PRIVATO

L'ordine pubblico internazionale e la gestazione per sostituzione alla luce del dialogo tra le Corti <i>Bruno Concas</i>	301
Tutela del minore straniero tra norme di applicazione necessaria ed ordine pubblico <i>Federico Ioannoni Fiore</i>	341
Esercizio della libertà di soggiornare e di circolare all'interno dell'UE e pluralità di modelli familiari <i>Roberto Alessandro Garetto</i>	363
A proposito di una recente proposta di uniformazione europea per il riconoscimento della genitorialità <i>Federico Ruggeri</i>	393

PARTE IV – FILIAZIONE E TECNICHE DI RIPRODUZIONE UMANA ASSISTITA

Técnicas de reproducción asistida humana. Entresijos y olvidos <i>María Elena Cobas Cobiella</i>	419
---	-----



Dalle tecniche procreative all'utero artificiale: una storia di limiti e di desiderio 445

*Alessandra Cordiano*

Sullo status del figlio "in provetta" e sul diritto alla conoscenza delle proprie origini nella fecondazione eterologa 465

*Federica Maffettone*

L'attribuzione della genitorialità al minore nato dalla gestazione per altri: il letto di Procuste delle Ss.Uu. n. 38162/2022 503

*Edoardo Messineo*

PARTE V – DIRITTI DEL MINORE E STRUMENTI DI TUTELA

Il curatore speciale del minore: spunti di riflessione a partire da una pronuncia eurounitaria 531

*Ivan Allegranti*

L'interesse del minore a vivere e crescere nella propria famiglia 559

*Ettore William Di Mauro*

Determinación tardía de la filiación respecto del padre y derecho de reembolso de la madre por los alimentos prestados al hijo comun 597

*María Teresa Martín Meléndez*

Diritto all'ascolto e soggettività delle persone minori e neo maggiorenni allontanate dalla famiglia di origine 617

*Veronica Rita Miarelli*

El interés superior del menor de edad y la determinación de los apellidos por reconocimiento tardío de paternidad: su aplicación en la jurisprudencia española de la última década 645

*Milagros Petit Sánchez*

El reconocimiento de la filiación no matrimonial cuando intervienen medidas de apoyo voluntarias: algunas cuestiones debatibles 667

*Ernesto Francisco Sarrión Hernández*

Prima lettura sistematica della disciplina del curatore speciale del minore 687

*Roberto Senigaglia*

Relaciones de filiación y personas con discapacidad que precisan medidas de apoyo	715
<i>M.<sup>a</sup> Eugenia Torres Costas</i>	
PARTE VI – LA FILIAZIONE NELLA PROSPETTIVA DI GENERE	
Diversidad afectivo sexual y diversidad sexo genérica: deficiencias y ausencias en el sistema legal de filiación en España	767
<i>Paz Fernández-Rivera González</i>	
Divorcios, afectos, cuidados y patrimonio en la relación materno-filial. Un análisis histórico jurídico con perspectiva de género	791
<i>María Isabel Núñez Paz</i>	
PARTE VII – ALTRE QUESTIONI IN MATERIA DI FILIAZIONE, GENITORIALITÀ E SUCCESSIONI MORTIS CAUSA	
El parentesco socioafectivo como mecanismo para evitar los reconocimientos de complacencia en el ordenamiento español	817
<i>M.<sup>a</sup> Amalia Blandino Garrido</i>	
Le genitorialità sospese o incerte. La Kafala e la responsabilità dell'art. 279 c.c	841
<i>Giovanna Chiappetta</i>	
Testamento blockchainizado, bienes digitales extrapatrimoniales y herencia de activos digitales (NFT y criptomonedas)	887
<i>Cristina Argelich Comelles</i>	
La posesión de estado de hijo o hija a la luz de la jurisprudencia española y chilena. Especial referencia al sistema jurídico chileno	907
<i>Rommy Alvarez Escudero</i>	
Lo status interno ed esterno di filiazione: una diplopia irragionevole	933
<i>Remo Trezza</i>	

## Prefazione

Il volume raccoglie gli Atti del Primo Congresso Internazionale di Diritto delle Famiglie e delle Successioni “Nuovi paradigmi della filiazione”, svoltosi il 19 e 20 di ottobre nella Università di Roma “La Sapienza” – Facoltà di Economia, in collaborazione con la Universidad de Santiago de Compostela e del Gruppo di Ricerca *De Conflictu Legum*, con gli auspici scientifici delle riviste “Diritto delle successioni e della famiglia” e “Revista de Derecho Civil”, della “Associazione Dottorati di Diritto Privato”, della “SISDiC Società Studiosi del Diritto Civile” Lazio, della Universidad Abierta Interamericana e della Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Il Congresso è stato promosso dal gruppo di ricerca T.O.I. – Tandem obtinet iustitia, luogo di riflessione e di studio volto alla costruzione di un Diritto Civile contemporaneo rispettoso dei principi e dei valori del sistema ordinamentale e teso a promuovere, specialmente nell’ambito del diritto di famiglia e delle successioni un dibattito scientifico rigoroso e franco.

Le riflessioni degli studiosi, in lingua italiana e spagnola, analizzano le più recenti evoluzioni in materia di filiazione e le loro rilevanti implicazioni nel diritto di famiglia e nel diritto successorio.

I lavori, caratterizzati da forte interdisciplinarietà e da una rigorosa analisi di profili comparatistici, affrontano i temi della multiparentalità, della filiazione adottiva, della filiazione nel diritto europeo e nel diritto internazionale privato, della filiazione e delle tecniche di riproduzione umana assistita, dei diritti del minore e degli strumenti di tutela, dei rapporti di filiazione nella prospettiva di genere e delle altre questioni in materia di filiazione, genitorialità e successioni *mortis causa*.

In questo contesto, l'opera prova a suggerire un nuovo approccio alla materia della filiazione e dei conseguenti rapporti familiari e successori, attraverso una rilettura degli istituti e delle categorie tradizionali alla luce della profonda evoluzione sociale e del mutato contesto familiare, i quali impongono, attraverso un'interpretazione sistematica e assiologica, di ricercare la giustizia del caso concreto, rifuggendo da soluzioni aprioristiche inadeguate.

Le nuove questioni in materia di filiazione poste all'attenzione del giurista debbono essere affrontate sulla base di un nuovo "paradigma", libero da dogmatismi e attento agli interessi in gioco e ai valori normativi che caratterizzano il sistema ordinamentale. La complessità delle questioni e gli elementi di transnazionalità che spesso contraddistinguono le vicende relative alla filiazione impongono, alla luce di un sistema costituzionale aperto, caratterizzato da un sistema di fonti complesso, una moderna teoria della interpretazione, che deve essere sempre applicativa, sistematica e assiologica.

La pluralità di modelli familiari, le nuove tecniche riproduttive e la crescente circolazione di modelli culturali e giuridici pongono ogni giorno nuove questioni che necessitano di un'interprete cosciente della complessità dell'ordinamento e dell'insufficienza della disciplina codicistica, un giurista sensibile rispetto a un'analisi funzionale che non guardi agli istituti stranieri per come sono conformati staticamente nell'ordinamento di provenienza ma per gli effetti che questi sono destinati a produrre nel proprio ordinamento. Un interprete attento non alla lettera della singola disposizione ma all'assiologia del sistema e al diritto vivente frutto del dialogo tra le Corti nazionali e le Corti europee.

Questo spirito culturale, che ha animato la pluralità delle studiosi e degli studiosi, raccolti a riflettere su questo tema, costituisce la cifra del Volume, nel quale i nuovi paradigmi della filiazione sono affrontati, nella pluralità delle sue sfaccettature e con la sensibilità propria di tutte le persone che hanno dato il loro fattivo contributo.

Non si tratta, ovviamente, di una monografia, nella quale il tema viene svolto *funditus* e in maniera razionalmente perfetta, ma di una raccolta delle riflessioni delle persone che hanno dato il loro generoso contributo al Primo Congresso Internazionale di Diritto delle Famiglie e delle Successioni. Ciò spiega, per un verso, la scelta di raccogliere i contributi per aree tematiche, prescindendo dall'ordine con il

quale durante il Congresso sono state presentate le relazioni e le comunicazioni, sia, per altro verso, la possibilità che più lavori trattino il medesimo tema. Tale circostanza che, a prima vista, potrebbe sembrare il frutto di un cattivo coordinamento costituisce il frutto di una scelta deliberata e mediata. Il tema, sebbene possa essere il medesimo, viene analizzato sotto angolature differenti, che ne arricchiscono la riflessione, offrendo al lettore spunti di riflessioni ampi. Ciascuno ha la possibilità di formarsi una propria idea, perché il libro più in dottrina vuole offrire proposte, suggerendo i problemi urgenti che richiedono la nostra attenzione massima.

Come sempre accade nel lavoro scientifico non c'è tema al quale possa porsi la parola "fine"; all'esatto opposto, ogni riflessione sempre vuole essere lo "inizio" di un nuovo cammino.

Confidiamo che questo volume sia l'inizio di una riflessione, come, per altro, suggerisce l'ordinale "Primo" aggiunto a "Congresso Internazionale di Diritto delle Famiglie e delle Successioni".

I Curatori



PARTE I

## LA MULTIPARENTALITÀ





# Familias reconstituidas, multiparentalidad y sucesiones: nuevos retos

*Vincenzo Barba*

**RESUMEN:** El artículo analiza el fenómeno de las familias recompuestas, es decir, las formadas por cónyuges o convivientes (homosexuales o heterosexuales) e hijos de al menos uno de ellos, nacidos de una relación anterior. Partiendo de esta premisa, se señala que la relación entre el progenitor afín y la hija o hijo afines requiere unos cambios, especialmente en lo que respecta a los derechos de sucesión. En esta perspectiva, el trabajo propone dar relevancia a esta relación paterno filial, reconociendo la importancia del papel del progenitor afín, distinguiendo entre el progenitor afín de hecho y el progenitor reconocido. Por ello, se propone cuál podría ser la regulación de ambas figuras, también en lo que se refiere a las relaciones hereditarias. En el fondo está la cuestión de la multiparentalidad, que requiere una verdadera revolución copernicana por parte de los juristas.

**ABSTRACT:** L'articolo analizza il fenomeno delle famiglie ricomposte, cioè quelle composte da coniugi o conviventi (omosessuali o eterosessuali) e dai figli di almeno uno di loro, nati da una precedente relazione. Sulla base di questa premessa, si evidenzia che il rapporto tra genitore affine e figlio affine richiede alcuni cambiamenti, soprattutto per quanto riguarda i diritti ereditari. In questa prospettiva, il saggio propone di dare rilevanza alla relazione genitore-figlio affine, riconoscendo l'importanza del ruolo del genitore affine, distinguendo tra genitore affine di fatto e genitore riconosciuto. Per questo motivo, si propone quale potrebbe essere la regolamentazione di entrambe le figure, anche per quanto riguarda i rapporti di successione. Al centro del problema c'è la questione della multi-

genitorialità, che richiede una vera e propria rivoluzione copernicana da parte dei giuristi.

**ABSTRACT:** *The article analyses the phenomenon of recomposed families, i.e. those consisting of spouses or cohabiting partners (homosexual or heterosexual) and children of at least one of them, born from a previous relationship. Based on this premise, it is pointed out that the relationship between the related parent and the related child requires some changes, especially with regard to inheritance rights. In this perspective, the paper proposes to give relevance to this parent-child relationship, recognising the importance of the role of the related parent, distinguishing between the de facto related parent and the recognised parent. For this reason, it is proposed what the regulation of both figures could be, also with regard to inheritance relationships. At the heart of the issue is the question of multi-parenting, which requires a true Copernican revolution on the part of jurists.*

**SUMARIO:** 1. Derecho civil y sociedad contemporánea. – 2. Las familias recompuestas: rasgos característicos y algunas regulaciones. – 3. Multiparentalidad e interés superior del menor. – 4. La familia recompuesta: el papel del progenitor afín. – 5. Una propuesta *de lege ferenda*: el progenitor afín de hecho y el progenitor afín judicialmente reconocido. – 6. Sigue: propuesta para una regulación de los derechos sucesorios de la hija o el hijo afín. – 7. Conclusiones.

## 1. Derecho civil y sociedad contemporánea

Los profundos cambios sociales que han caracterizado los últimos veinte años han sido tales que han distorsionado la fisonomía tradicional de nuestra sociedad civil, hasta el punto de que la legislación, basada principalmente en los códigos decimonónicos, no ha podido hacer frente adecuadamente a las numerosas nuevas necesidades.

En el ámbito del derecho civil<sup>1</sup>, que es el derecho de la persona y, por tanto, el derecho más expuesto a los profundos cambios a los que

---

<sup>1</sup> Sobre el valor del derecho civil, recientemente GARCÍA RUBIO, M. P., «Reivindicando el valor del Derecho civil. El tratamiento del Derecho civil por los poderes normativos», *Revista de Derecho Civil*, 2022, pp. 233-245, «Desde una determinada

acabo de referirme, en los principales países europeos, salvo algunas excepciones, las modificaciones han sido episódicas, limitadas y sin una visión de conjunto adecuada. Además, en países conservadores y tradicionales como Italia, debido en parte a la fuerte influencia de la Iglesia católica y en parte al conservadorismo, la idea de adaptar el derecho civil a las nuevas exigencias de la persona no siempre se considera en términos positivos, prefiriendo conservar el estatus *quo ante*, especialmente en materia de persona, familia, filiación y sucesión.

El cambio es global y afecta tanto al derecho civil patrimonial como al no patrimonial, y, aunque sólo sea para considerar los aspectos que tienen un impacto realmente significativo en el derecho de la persona, piénsese en la importancia de las nuevas tecnologías y la inteligencia artificial, en el papel de las criptomonedas, en la cuestión de la sostenibilidad, en el cambio de paradigma en la protección de las personas con discapacidad, en el desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida, en las nuevas dimensiones y necesidades de la familia.

Centrándonos sólo en el derecho no patrimonial y, en particular, en la familia y la filiación, es demasiado evidente que lo que se necesita no es una mera reelaboración de los códigos, sino un replanteamiento global del concepto de familia y filiación, de modo que se pueda abandonar la lógica basada exclusivamente en los vínculos de sangre y dar un reconocimiento adecuado a la socioafectividad. Se trata de un cambio transcendental, y cuanto más conservador sea un Estado, menos dispuestos estarán los poderes públicos a realizar este importante cambio de perspectiva, con lo que esta difícil tarea recae, como siempre, en la responsabilidad de los juristas.

La imagen de la familia que ofrecen los códigos civiles europeos del siglo pasado, aun con muchas diferencias entre ellos, tiende a ser conservadora y se basa en el paradigma burgués del matrimonio heterosexual. Son muchas las diferencias entre los códigos europeos,

---

óptica, el Derecho civil constituye un legado histórico y cultural, que resulta ser, sobremanera, poso y cobijo de las opciones éticas básicas de una sociedad. Desde otro punto de vista, cualquier jurista reconoce que en el Derecho civil se halla la matriz de buena parte de los conceptos que en nuestra tradición cultural sustentan las bases de los ordenamientos jurídicos modernos. Finalmente, el Derecho civil es el Derecho de la vida cotidiana, el que alcanza, en una u otra medida, a todas las personas. Estas perspectivas dotan al Derecho civil de una singularidad que no comparte con ninguna rama del Derecho, ni de las tradicionales, ni de aquellas otras que pueden ser consideradas más o menos nuevas».

si sólo tenemos en cuenta que sólo algunos estados permiten el matrimonio homosexual<sup>2</sup>, mientras que otros, como Italia, establecen, a mi juicio de forma discriminatoria, que las personas del mismo sexo no pueden casarse, pero sí contraer una unión civil o una forma diferente de matrimonio<sup>3</sup>, por no hablar de los sistemas jurídicos, que suelen ser de Europa del Este, en los que ni siquiera se contempla un modelo de familia para las personas homosexuales<sup>4</sup>. También existen profundas diferencias en cuanto a las técnicas de reproducción humana asistida<sup>5</sup>, y si bien se tiende a considerar admisible el uso de la procreación médicamente asistida a favor de las parejas heterosexuales infértiles, las diferencias empiezan a ser muy significativas cuando se empieza a hablar de la posibilidad de procreación médicamente asistida a la que tiene acceso una mujer sola o una pareja de mujeres homosexuales, para pasar a ser muy diversas y debatidas en cuanto a la gestación por sustitución.

Más allá de los aspectos individuales, que requerirían un esfuerzo de reforma global y completo con una visión de conjunto, hay que reconocer que el reto del derecho de familia actual es incluir dentro del concepto jurídico de "familia" todas las formaciones sociales complejas basadas en una relación afectiva entre sus miembros originarios, reconociendo las relaciones paterno filiales sobre la base de la responsabilidad parental concreta, incluso prescindiendo, en su caso, de las relaciones genéticas y/o biológicas<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Irlanda, Islandia, Luxemburgo, Malta, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suecia

<sup>3</sup> Una forma de unión civil está prevista en: Andorra, Croacia, Chipre, República Checa, Estonia, Grecia, Hungría, Italia, Liechtenstein y Eslovenia. En Croacia y Hungría se prevé una forma de *partnership* entre personas del mismo sexo.

<sup>4</sup> Armenia, Bielorrusia, Bulgaria, Georgia, Letonia, Lituania, Moldavia, Montenegro, Polonia, Serbia, Eslovaquia y Ucrania.

<sup>5</sup> Para un análisis de la legislación y la jurisprudencia italiana, v. BARBA, V., «Las técnicas de procreación humana asistida, la responsabilidad de los padres y el interés del menor entre ley y jurisprudencia italiana», *Actualidad Civil*, 2022, pp. 1-27.

<sup>6</sup> Por todos, GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> D. C.; SOLÉ RESINA, J., *Actualización del Derecho de filiación. Repensando la maternidad y la paternidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, que aborda el fenómeno de manera integral, ofreciendo soluciones y propuestas ampliamente respaldadas. En particular, las autoras, teniendo siempre presente el interés superior del niño, afirman que en materia de relaciones paternofiliales el principio clave debe ser el de la responsabilidad. En sus palabras a p. 256: «El principio general que proponemos como rector de toda la materia: el de la responsabilidad (co-responsabilidad de todas las personas que participan del

En este escenario, que implica un replanteamiento del propio concepto de paternidad y maternidad, no se puede pasar por alto el importante fenómeno de las llamadas familias recompuestas o reconstituidas o ensambladas, que requiere una actuación urgente, ya que se hace imprescindible dar respuestas a las necesidades de las personas y las niñas y los niños que se encuentran viviendo en esta nueva comunidad de vida y afecto en la que están desarrollando su personalidad y su propio proyecto de vida.

## 2. Las familias recompuestas: rasgos característicos y algunas regulaciones

A pesar de la difusión del fenómeno y de su creciente importancia social<sup>7</sup>, y de las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas<sup>8</sup>, la regulación legal es muy lagunosa, aunque sus implicaciones prácticas son muy relevantes, especialmente en el ámbito sucesorio. Las lagunas son tales que no sólo no existe una normativa global, que a veces está completamente ausente<sup>9</sup> y otras veces queda relegada a normas de detalle<sup>10</sup>, sino que ni siquiera es

---

proceso de generación de una nueva vida (que no son únicamente los progenitores en el sentido clásico), esto es, de responsabilidad de quienes “encargan” niños, quienes donan gametos, quienes alquilan su cuerpo para gestar su vida... Responsabilidad que entendemos como “capacidad existente en todo sujeto activo para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente».

<sup>7</sup> Para un análisis de la difusión del fenómeno, v MAZZONI, S., «Le famiglie ricomposte: dall'arrivo dei nuovi partners alla costellazione familiare ricomposta», *Dir. fam pers.*, 1999, pp. 369-384; GARCÍA-MINA FREIRE, A.; CARRASCO GALÁN, M. J.; ESPINAR FELLMANN, I.; MARTÍNEZ DÍAZ, M. P., «Familias reconstituidas un acercamiento al estudio de las nuevas estructuras familiares», *Miscelánea Comillas: Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, 2002, pp. 185-198.

<sup>8</sup> A este respecto, se considere la Observación General nº 19 realizada por el Comité de Derechos Humanos de la ONU el 27 de julio de 1990.

<sup>9</sup> Esto podría considerarse esencialmente como el caso de derecho italiano.

<sup>10</sup> Esto podría considerarse esencialmente como el caso de derecho español, en cuyo Código civil las normas que se refieren, directa e indirectamente, a la familia recompuestas son las siguientes: arts. 82.2; 1362, 1º.2; 155, 2º; 68; 840; 968; 160. VAQUER ALOY, A.; IBARZ LÓPEZ, N., «Las Familias Reconstituidas y la Sucesión a título legal», *Revista de derecho civil*, 2017, pp. 214 ss., señalan que existen varias normas extra-Códigos de carácter público. Para un primer análisis de los artículos 82.2 (redacción vigente tras la modificación de la Ley 30/1981 y hasta la modificación

claro qué se entiende exactamente por familia recompuesta o familia ensamblada<sup>11</sup>. Por lo tanto, lo primero que hay que hacer es establecer los límites de este fenómeno, para luego poder identificar los problemas que surgen e intentar formular algunas propuestas<sup>12</sup>.

El rasgo característico de la familia recompuesta no es, como podría pensarse en un primer momento, la mera constitución de una nueva familia tras la ruptura de una anterior, sino el hecho de que haya hijas o hijos de una relación anterior que se incorporen a la nueva familia<sup>13</sup>.

---

de la Ley 15/2005) y 1361.1, v. DÍAZ ALABART, S., «El pseudo “estatus familiae” en el Código Civil. Una nueva relación familiar», *Revista de derecho privado*, 1992, pp. 839-856. VAQUER ALOY, A., «Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal», *Revista de derecho civil*, 2017, pp. 211-235; GARCÍA RUBIO, M. P., «Un niño o una niña pueden tener más de dos madres y/o de dos padres. Hacia el reconocimiento jurídico de la multiparentalidad», en SOLE RESINA, J. (coord.), *Persona, familia y género. Liber amicorum a M<sup>a</sup> del Carmen Gete-Alonso y Calera*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 209 ss.; CARRILLO LERMA, C., *Familias reconstituidas: la relación jurídica entre el cónyuge y los hijos no comunes menores de edad*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 29 ss. y pp. 46 ss.

<sup>11</sup> AULETTA, T., «La famiglia rinnovata: problemi e prospettive», en BIANCA, C. M.; MALAGOLI TOGLIATTI, M.; MICCI, A. L., (coord.), *Interventi di sostegno alla genitorialità nelle famiglie ricomposte*, Franco Angeli, Milano, 2005, pp. 49 ss., prefiere la expresión “famiglie rinnovate”.

<sup>12</sup> En 2002 RESCIGNO, P., «Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche», *Familia*, 2002, pp. 1-8, propuso dar respuestas aplicando las normas sobre asociaciones, empresas familiares y enriquecimiento injustificado. Estas instituciones, que podrían dar pie a la reflexión, me parecen insuficientes e inadecuadas ya entonces, pero sobre todo ahora. Lo que hace falta es una reflexión mucho más profunda y radical sobre la maternidad y paternidad. En 2005 RESCIGNO, P., «Esercizio della potestà genitoriale da parte del genitore acquisito: prospettive legislative», en BIANCA, C. M.; MALAGOLI TOGLIATTI, M.; MICCI, A. L., (coord.), *op. cit.*, pp. 25 ss., afirma que la mejor solución es confiar el ejercicio de la responsabilidad parental al acuerdo. Esta solución no es del todo convincente, sobre todo si tenemos en cuenta que hoy en día estamos hablando de la responsabilidad de los padres y que el acuerdo no siempre es suficiente cuando se trata de regular intereses indisponibles, cuales son la patria potestad y el cuidado de las hijas y los hijos. Comparto la posición de AULETTA, T., *op. cit.*, p. 74, que considera esencial la introducción de una nueva regulación, afirmando que «una materia così delicata e complessa che coinvolge una moltitudine di interessi è inopportuno che venga affidata solo alla regolamentazione mediante accordi interpersonali».

<sup>13</sup> Así, la mejor doctrina, entre los primeros: GORELL BARNES, G.; THOMPSON, P.; BURCHARDT, N., *Growing up in stepfamilies*, Clarendon, Oxford, 1997; SCHERMAN, I. A.; MENDOZA, E., «Familia ensamblada o reconstituída (parentesco por afinidad)», *El derecho de familia y los nuevos paradigmas: X Congreso Internacional de Derecho de Familia*. Mendoza (Argentina), 1998, Universidad Nacional de Cuyo, pp. 47-51; GARCÍA-MINA FREIRE, A.; CARRASCO GALÁN, M. J.; ESPINAR FELLMANN, I.; MARTÍNEZ DÍAZ, M. P., *op. cit.*, p. 185; RESCIGNO, P., *Le famiglie ricomposte*, *cit.*, p. 7; SESTA, M.,

Si el término familia “recompuesta” o “reconstituida” o “ensamblada” o “combinada”<sup>14</sup> se refiriera simplemente al hecho de que dos personas constituyan una nueva familia tras la ruptura de la unión anterior, no habría nuevos problemas jurídicos y el caso estaría esencialmente regulado, aunque no faltan oportunidades para la reflexión crítica y las sugerencias de cambios en la legislación actual. Dependiendo de si la nueva familia es matrimonial o no, se aplicarán las normas correspondientes, con todas las consecuencias que ello conlleva tanto en las relaciones personales y patrimoniales, como en las relaciones sucesorias entre los miembros de la pareja, y en las relaciones con los hijos que puedan generar y/o adoptar.

La familia recompuesta, en cambio, plantea la cuestión de la incorporación de las hijas o de los hijos de al menos uno de los dos miembros, lo que también plantea el problema lingüístico de nombrar esta relación afectiva<sup>15</sup>. Las palabras madrastra/padrastro, que todavía se utilizan hoy en día, son inadecuadas y evocan en el imaginario colectivo, incluidos los cuentos de hadas, las peores experiencias<sup>16</sup> por

---

«Verso nuove trasformazioni del diritto di famiglia italiano?», *Familia*, 2003, pp. 123-166; BOSCH I CARRERA, A., «Las familias reconstituidas y las cuestiones de protección patrimonial», en ÁREA DE DRET CIVIL, UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *Nous reptes del dret de família*. Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa, Documenta Universitaria, Girona, 2005, pp. 241-274; GROSMAN, CECILIA P.; MARTÍNEZ ALCORTA, I., *Familias ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio. Ley y creencias. Problemas y soluciones legales*, Universo, Buenos Aires, 2000, p. 35.

<sup>14</sup> CARRILLO LERMA, C., *op. cit.*, pp. 37 ss.

<sup>15</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., «Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014», *Revista Jurídica La Ley del 8 de octubre de 2014*, en <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina403.pdf>, consultada el 10.11.2021, «el afecto, a diferencia del dato genético, rara vez aparece mencionado en las normas jurídicas referidas a la familia. No obstante, los operadores del derecho han empezado a pensar que, en numerosas ocasiones, las relaciones familiares deberían moverse más en el ámbito de la afectividad que en el de los lazos biológicos o genéticos, o en el de la regulación legal única; de allí que un concepto que parecía pertenecer sólo al derecho brasileño (la afectividad) (24), se ha trasladado a otros ordenamientos en los que ya se comienza a hablar del "parentesco social afectivo", para reflejar la relación que surge entre personas que, sin ser parientes, se comportan entre ellos a modo y semejanza; se ha producido, entonces, lo que ha dado en llamarse "desencarnación", o sea, el debilitamiento del elemento carnal o biológico en beneficio del elemento psicológico y afectivo».

<sup>16</sup> SESTA, M., *op. cit.*, p. 157; PÉREZ GALLARDO, L. B., «Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión “ab intestato”: ¿Una ecuación lineal?», *Revista de derecho privado*, 2011, p. 65, «las figuras de la madrastra y del padrastro han sido concebidas en el cine, la literatura y el arte en general como seres despreciables, lleno de celos y resquemores que irradian odio y desprecio hacia los hijos de su consorte».

lo que deberían sustituirse por una expresión más neutra, que podría ser "cónyuge o pareja del progenitor" o mejor "padre o madre afín".

Aclarado que la familia recompuesta o ensamblada es la formada por los cónyuges o convivientes (homosexuales o heterosexuales) y las hijas o los hijos de al menos uno de ellos, nacidos de una relación anterior, es evidente que dentro de este esquema existen una pluralidad de variantes<sup>17</sup> según (a) hay hijas o hijos de uno solo de los dos miembros de la pareja o de ambos; (b) el cónyuge o pareja ejerce la responsabilidad parental (de hecho o de derecho) con respecto a las hijas o los hijos de su pareja; (c) el otro progenitor de las hijas o los hijos que viven en la familia recompuesta está vivo o ha fallecido<sup>18</sup> o sencillamente no existe; (d) el otro progenitor de las hijas o los hijos que viven en la familia recompuesta ejerce o no la responsabilidad parental; (e) hay hijas o hijos comunes (genéticos/biológicos/adoptados) de la nueva pareja; (f) las hijas o los hijos son menores o mayores de edad. Todo ello con la aclaración de que cada una de las variables puede combinarse con las demás, dando lugar a una extraordinaria variedad de casos y que la última, es decir, la relativa a la menor o mayor edad de las hijas o los hijos, es capaz de cambiar significativamente el horizonte de los problemas que pueden surgir.

Más allá de la multiplicidad de combinaciones posibles, la familia recompuesta presenta como rasgo característico, capaz de identificar el fenómeno, la presencia de hijas hijos de al menos uno de los miembros de la pareja. Este elemento plantea una serie de problemas muy importantes, en primer lugar, en lo que se refiere a la relación que puede/debe establecerse entre el miembro de la pareja y la hija y/o el hijo del otro y, como corolario de este importante aspecto, que se refiere a la parentalidad, los consiguientes problemas sucesorios.

---

<sup>17</sup> RIVAS RIVAS, A. M., «La protección social ante los nuevos modelos de familias: el caso de los hogares recompuestos», (disponible en: <https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/9f0d0221-78de-4e2f-baac-113149310d5e/9+La+proteccion+social+ante+los+nuevos+modelos+de+familias.+el+caso+de+los+hogares+recompuestos%28Castellano%29.pdf?MOD=AJPERES>), pp. 12 ss.; LÓPEZ SÁNCHEZ, C., «Las familias reconstituidas. Una realidad en continuo crecimiento», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, p. 197.

<sup>18</sup> Se piense los donantes anónimos en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida. GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, *op. ult. cit.*, pp. 211, 213.



Para dar una idea del fenómeno, basta pensar que, en caso de fallecimiento del progenitor, el cónyuge o pareja no tendría ninguna relación con la hija o el hijo de su pareja, a menos que lo hubiera adoptado, y éste quizás no tendría derecho a seguir viviendo con él<sup>19</sup>. Por otra parte, la hija o el hijo de uno de los miembros de la pareja sólo tendría derechos sucesorios en relación con su progenitor, mientras que no tendría ningún derecho sucesorio en relación con el cónyuge o la pareja de su progenitor. Y no se trata sólo de que no sea heredero forzoso y, por tanto, destinatario de la legítima, sino también de que no sea ni siquiera sucesor legal, con la paradójica situación de que en caso de sucesión intestada también sería preferido como heredero al Estado.

Por lo tanto, en el caso de las familias recompuestas, se plantean dos cuestiones distintas: la cuestión de la relación entre los miembros de la nueva pareja entre si y la de la relación entre las hijas y/o los hijos y el cónyuge o pareja del progenitor.

La primera cuestión, aunque exige mucha reflexión y replanteamiento, debe considerarse sustancialmente regulada por el derecho, con la consecuencia de que exige una reflexión crítica de la disciplina actual, mientras que la segunda está casi desprovista de regulación, al menos en todos aquellos ordenamientos jurídicos que aún no han abordado la cuestión de la multipaternidad<sup>20</sup>.

Tanto es así que se podría decir que el tema de fondo de la familia recompuesta es precisamente el de la multiparentalidad<sup>21</sup>, a sabiendas

---

<sup>19</sup> Este caso está expresamente resuelto por el art. 85.2 CFA.

<sup>20</sup> FERRER RIBA, JOSEP, «Los efectos de la filiación y su restricción o exclusión», en BARBER CÁRCAMO, R.; QUICIOS MOLINA, M. S.; VERDERA SERVER, R. (coord.), *Retos actuales de la filiación* (XX Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil), Tecnos, Madrid, 2018, p. 325, afirma que: «el principal reto que presenta el derecho de filiación contemporáneo, en sociedades en las que se desarrollan estructuras familiares diversas, mudables y complejas y en las que a veces se multiplican las posiciones parentales que pueden confluir respecto de un mismo hijo o hija, es hallar vías para su reconocimiento y protección, tanto si tienen fundamento biológico como socioafectivo ...la protección de las distintas formas de parentalidad, en aquello que contribuya a satisfacer legítimos intereses de los padres y los hijos, puede tener lugar habilitando relaciones de filiación legal de tipo multiparental, creando estatutos con un conjunto de efectos predeterminados al margen de la parentalidad legal o bien de modo más casuístico».

<sup>21</sup> Comparto plenamente la propuesta de GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>o</sup> D. C.; SOLÉ RESINA, J., *op. cit.*, p. 257. «Pensamos que una reforma del derecho de filiación regida por el mayor interés de la persona menor debe eliminar la monoparentalidad originaria, hoy normalizada en nuestro ordenamiento jurídico gracias a la tolerancia

de que una vez resuelto este aspecto, que tiene que ver con el cuidado de las hijas e hijos y el ejercicio de la responsabilidad parental, es fácil o más sencillo ofrecer respuestas también a las cuestiones de derecho sucesorio.

Puede ser útil, ante de abordar el tema y proponer unas soluciones, una brevísima comparación con los ordenamientos jurídicos que ya se han ocupado del fenómeno y que contienen normas sobre la multiparentalidad y las familias recompuestas.

Entre los ordenamientos jurídicos europeos<sup>22</sup>, merece especial consideración el derecho civil catalán, que en el art. 231-1, bajo el título "la heterogeneidad del hecho familiar" establece que «se reconocen como miembros de la familia, con los efectos que legalmente se determinen, los hijos de cada uno de los progenitores que convivan en el mismo núcleo familiar, como consecuencia de la formación de familias reconstituidas. Este reconocimiento no altera los vínculos con el otro progenitor»<sup>23</sup>. También es muy interesante el derecho aragonés<sup>24</sup>, cuyo art. 85 CDFa establece que «el cónyuge del único

---

del desconocimiento. Por el contrario, porque es beneficioso, debe atender a la pluriparentalidad reconociendo la validez y la determinación de los efectos, límites y responsabilidades de los acuerdos sobre la procreación. Y la posibilidad de conocer la realidad de la maternidad y paternidad». En esta línea, v. ahora, GARCÍA RUBIO, M. P., *op. ult. cit.*, pp. 209 ss.

<sup>22</sup> SESTA, M., *op. cit.*, p. 160, propone algunas observaciones sobre el derecho holandés e inglés. Para analizar el derecho español, el derecho catalán, el derecho navarro y el derecho aragonés, GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> D. C.; SOLÉ RESINA, J., *op. cit.*, p. 223. Cabe destacar que las autoras proponen un análisis de la regulación diferenciado en función de si el otro progenitor de la hija o del hijo está vivo o muerto. Las autoras, partiendo del supuesto de que las variables son infinitas, desaconsejan la adopción de reglas fijas. En cualquier caso, sugieren, y me parece que esto es ampliamente compatible, que siempre se debe tener en cuenta el interés superior de la niña y del niño, especificando que «aumentar el número de personas que pueden decidir sobre asuntos de su vida cotidiana de ningún modo puede entenderse que redunde en su interés». Comparto la importancia de considerar siempre el mayor bienestar posible de la persona menor de edad, pero creo que el modelo que propongo en las siguientes páginas, distinguiendo entre progenitor afín de hecho y progenitor afín reconocido, podría ser una disciplina útil para dar respuestas adecuadas a las necesidades de las familias recompuestas. Con la plena conciencia de que el cuidado de las hijas y de los hijos es siempre, en primer lugar, escucha de la persona, con vistas a acomodar sus inclinaciones y, cuando sea posible, tener en cuenta sus deseos y preferencias.

<sup>23</sup> También son relevantes las siguientes disposiciones del Código Civil de Cataluña: arts. 231-5.2; 231-6.2; 236-14; 236-15.2; 222.10; 422-13; 442-2.2 CCCat.

<sup>24</sup> Además de la mencionada disposición de ley, se consideren las siguientes disposiciones del Código del Derecho Foral de Aragón: 116; 283.3; 218.

titular de la autoridad familiar sobre un menor que conviva con ambos comparte el ejercicio de dicha autoridad. Fallecido el único titular de la autoridad familiar, su cónyuge podrá continuar teniendo en su compañía a los hijos menores de aquel y encargarse de su crianza y educación, asumiendo a tales fines la correspondiente autoridad familiar».

Aunque se trata de una disciplina más fragmentada, que afecta esencialmente a los cónyuges, hay que tener en cuenta el derecho civil español<sup>25</sup>, donde las normas más significativas son el art. 68, que obliga a los cónyuges, sea cual sea su régimen económico matrimonial, a «compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo», y el art. 1362.1.2, en sede de régimen económico matrimonial supletorio, que reconoce los gastos de alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges que vivan en el domicilio familiar como gastos a cargo de la sociedad de gananciales<sup>26</sup>. Una norma similar se recoge en la Ley 85 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra<sup>27</sup>. Ni que decir tiene que no existe una regulación en la legislación italiana; al contrario, el fuerte conservadurismo se inclina por conservar la regulación actual y no es partidario de reconocer la familia recompuesta, sobre todo porque ello supondría socavar el modelo de familia católica, que tanta influencia tiene en Italia e impide reformas de hondo calado.

En la experiencia americana<sup>28</sup>, entre todas las demás, merece una referencia particular el derecho argentino, cuyo Código Civil y Comercial de la Nación<sup>29</sup> contiene un capítulo específico dedicado a

---

<sup>25</sup> V. nota n. 17.

<sup>26</sup> CARRILLO LERMA, C., *op. cit.*, pp. 46 ss.

<sup>27</sup> El derecho civil navarro también prevé normas especiales para las hijas y los hijos de matrimonios anteriores, tanto en lo que se refiere a la disolución del régimen familiar como en materia de sucesión, limitando la libertad del disponente, que, como se sabe, es de las más liberales. Además, hay que tener en cuenta las siguientes leyes 73; 77; 84; 85; 195; 106; 108; 110; 124 CDFN.

<sup>28</sup> Para un análisis de la *family provision* a favor del child of the family y la legislación de Estados Unidos, con especial referencia a la ley de California, v. VAQUER ALOY, A.; IBARZ LÓPEZ, N., *op. cit.*, pp. 220 ss.; VAQUER ALOY, A., *Las familias reconstituidas*, cit., pp. 220 ss. Para un análisis de la experiencia latinoamericana, PUENTES GÓMEZ, A., «Las familias ensambladas: un acercamiento desde el derecho de familia», *Revista Latinoamericana de Estudios de Familia*, 2014, pp. 58-82. Para un análisis de la experiencia alemana, LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *op. cit.*, pp. 200 ss.

<sup>29</sup> Expresa algunas preocupaciones MEDINA, G., «Socio afectividad y Derecho de Familia», *Derecho de Familia - Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2020, pp. 99 s.

«los progenitores e hijos afines» (art. 672-676), definidos en el art. 672 de la siguiente manera: «se denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente».

Una regulación de menor interés y esencialmente de desconfianza se encuentra en la legislación boliviana y chilena. El Código de Familia boliviano establece que, en caso de nuevo matrimonio del progenitor, se puede permitir que el hijo viva separado<sup>30</sup>, mientras que el Código Civil chileno establece que, en caso de nuevo matrimonio, el progenitor debe hacer un inventario de los bienes de la hija o hijo<sup>31</sup>.

Más recientemente, la República de Cuba ha elaborado un ambicioso proyecto de Código de las Familias que incorpora el concepto de multiparentalidad<sup>32</sup>. Puede decirse que el proyecto cubano constituye, hasta la fecha, una de las legislaciones más avanzadas y puede ciertamente tomarse como modelo para identificar algunas soluciones que pueden aplicarse en Europa y (ojalá) en Italia, aunque con las necesarias diferencias que puedan ser necesarias debido a su tradición e historia. Según ese proyecto de Código «excepcionalmente una persona puede tener más de dos vínculos filiatorios, sea por causas originarias, en los casos de filiación asistida donde no existe anonimato de la persona dadora o gestante; o, por causas sobrevenidas en los casos de filiación construida socioafectivamente para evitar el desplazamiento de la filiación y de las adopciones por integración, en atención a los principios de interés superior de la hija o hijo y de respeto a la realidad familiar»<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> Art. 43 del Código de Familia Boliviano: «(Hija o hijo de madre o padre que constituye nuevo matrimonio o unión libre) La o el hijo menor de edad, de madre o de padre que constituya un nuevo matrimonio o unión libre, puede ser autorizado por la autoridad judicial para vivir separadamente, si se afecta el interés superior de la niña, niño o adolescente, poniéndolo al cuidado de otra persona o de una instancia de gestión social. En ningún caso la madre y el padre dejan de brindar apoyo emocional y asistencia familiar a la hija o hijo».

<sup>31</sup> Art. 124 del Código civil de Chile: «El que, teniendo hijos de precedente matrimonio bajo su patria potestad, o bajo su tutela o curaduría, quisiere volver a casarse, deberá proceder al inventario solemne de los bienes que esté administrando y les pertenezcan como herederos de su cónyuge difunto o con cualquiera otro título. Para la confección de este inventario se dará a dichos hijos un curador especial».

<sup>32</sup> DAYAMIS RAMÍREZ, T.; GRETCHER LAMAS, B., «La familia ensamblada: una nueva concepción familiar», *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, 2018, pp. 230-244.

<sup>33</sup> Art. 206 del Anteproyecto de Código de las Familias - Versión 22 del 01 de agosto del 2021.

Por lo que respecta a la familia recompuesta, se prevén formalmente dos regulaciones distintas: una relativa al caso del progenitor afín (art. 186-184) y otra relativa a la adopción por integración (art. 101-106). El progenitor afín debe promover el vínculo afectivo, cooperar en la crianza y educación, realizar todos los actos de la vida cotidiana y a él se podrá delegar temporalmente el ejercicio de la responsabilidad parental. Además de estas normas, que se aplican por la mera convivencia, el proyecto de Código prevé la institución de la adopción por integración, según la cual, en determinadas condiciones, el cónyuge o la pareja de hecho puede adoptar a la hija o al hijo afín, estableciendo así una verdadera relación familiar. Se especifica que la adopción no puede tener lugar si la niña o el niño mantiene una relación intensa, frecuente y positiva con su progenitor no conviviente.

Las normas mencionadas demuestran innegablemente la importancia de la familia recompuesta y, sobre todo, ofrecen un útil elemento de reflexión, demostrando la urgencia de proponer soluciones que puedan ser coherentes con los intereses en juego y que permitan basar el derecho de familia no sólo en las relaciones genéticas o biológicas<sup>34</sup>, sino sobre todo en las relaciones socioafectivas<sup>35</sup>, que, por una parte, son la base, aunque con matices diferentes, tanto de la relación entre los miembros de la pareja como de la relación paternofilial<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> PÉREZ GALLARDO, L. B., «Las nuevas construcciones familiares en la sucesión ab intestado ...», en pos de superar trazos hematólogicos», in ID (coord.), *Hacia un nuevo derecho de sucesiones*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2019, pp. 218 ss.; PÉREZ GALLARDO, L. B., *Familias ensambladas*, cit., p. 75, «el reconocimiento de las familias ensambladas en la sucesión intestada requiere dejar a un lado el principio de la consanguinidad y adoptar un criterio que reconozca los vínculos generados en el marco de la vida familiar moderna»; VAQUER ALOY, A., *op. ult. cit.*, p. 232, «Parece inevitable que, si el concepto de familia nuclear ya no se basa, solo, en la consanguinidad de sus miembros, sino que la realidad muestra la creciente frecuencia de una realidad plural y compleja como son las familias reconstituidas, uno de los aspectos unidos íntimamente a la familia, como es la sucesión por un título legal, no puede basarse únicamente, como hasta ahora, en la filiación por naturaleza y la filiación adoptiva».

<sup>35</sup> MEDINA, G., *op. cit.*, pp. 87 ss.

<sup>36</sup> GARCÍA RUBIO, M. P., *op. ult. cit.*, p. 220, «la quiebra del modelo exclusivamente biparental invita a reflexionar sobre las propias nociones de padre y de madre que adopta y asume nuestro Derecho ... en un futuro que me atrevo a considerar cercano parece destinado a desembocar en el abandono de la actual concepción de la paternidad y la maternidad por otra más compleja y flexible. Los actuales rasgos de exclusividad y homogeneidad que definen, desde su envés, la relación de filiación y

### 3. Multiparentalidad e interés superior del menor

Abordar de forma integral la relación entre una hija o un hijo y el cónyuge o pareja de su progenitor es extremadamente complejo, no sólo porque las variables que hay que tener en cuenta son muy numerosas y difíciles de unificar, no sólo porque implica problemas relacionados con el cuidado y el desarrollo de la niña o del niño, no sólo porque existe el problema de coordinar su función parental con la del progenitor conviviente y la del progenitor que no tiene el cuidado, sino sobre todo porque requiere un replanteamiento del propio concepto de maternidad y paternidad<sup>37</sup>.

La cuestión que constituye el telón de fondo de todos los asuntos concretos que pueden surgir y que merecen, pese a su complejidad y dificultad, tanto una respuesta como una propuesta es la de la multiparentalidad<sup>38</sup>.

Es necesario preguntarse si debe reconocerse o no la multiparentalidad y, en caso afirmativo, determinar los límites dentro de los cuales puede darse dicho reconocimiento, especificando, sobre la base de una adecuada coordinación con el papel de los padres biológicos/genéticos/de intención (más bien originarios), los aspectos existenciales y patrimoniales dentro de los cuales puede y debe tener lugar.

Hay que tener en cuenta que hoy en día los progenitores no son necesariamente un hombre (padre) y una mujer (madre), porque puede haber casos en los que la niña o el niño tengan desde su nacimiento<sup>39</sup> vínculos filiales diferentes, para cuya determinación,

---

la consideran en términos de todo o nada ... parecen destinados a mudar hacia un modelo más complejo en el que cabría la coexistencia de diferentes tipos de figuras parentales, probablemente no uniformes, con sus propios derechos y sus particulares responsabilidades».

<sup>37</sup> MEDINA, G., *op. cit.*, pp. 99 s., expresa perplejidad.

<sup>38</sup> GARCÍA RUBIO, M. P., *op. ult. cit.*, p. 220, «la previsible ruptura del dogma de la biparentalidad o, cuando menos, la quiebra de su rigidez actual, nos obliga a repensar con detenimiento no solo a las reglas sobre la filiación, sino también otras normas como la sucesorias, bien sea para adaptar las existentes a estas nuevas realidades, bien sea para crear otras reglas capaces de dar respuestas adaptadas a esas situaciones novedosas ante las que el Derecho civil no puede permanecer ajeno».

<sup>39</sup> La expresión "desde el nacimiento" también es incorrecta, ya que puede ocurrir que uno de los progenitores reconozca a la hija o al hijo en una fecha posterior o que la filiación con respecto a uno de los progenitores se establezca en una fecha posterior.

además del factor genético y/o biológico, es relevante la voluntad o intencionalidad (por ejemplo, la doble paternidad homosexual en el caso de las mujeres, como resultado de un procedimiento de ROPA, o la doble paternidad masculina como resultado de una gestación por sustitución, o la doble paternidad heterosexual como resultado de la inseminación heteróloga etc.)<sup>40</sup>, sin olvidar todas las complicaciones que pueden surgir en caso de transexualidad<sup>41</sup>.

Aunque el ordenamiento jurídico italiano haya mostrado cierta apertura hacia la paternidad intencional en caso de niñas y niños nacidos a través del empleo de técnicas de reproducción humana asistida, sigue fuertemente vinculado al concepto de paternidad y maternidad biológica y genética y sólo da relevancia a la paternidad y maternidad intencional y/o social por medio de la adopción en casos especiales<sup>42</sup>. Esta solución, que era coherente en un sistema en el que

---

Lo que simplemente quiero resaltar con la expresión "desde el nacimiento" es que me refiero a los que, independientemente del sexo (un padre y una madre o dos padres o dos madres) resultan los progenitores de la niña o del niño.

<sup>40</sup> En estos casos, en los que existen dos progenitores, bien biológicos/genéticos o de intención, habría que preguntarse si hay que reconocer un papel a quienes han contribuido/participado en el proceso procreativo (el donante de esperma o de óvulos, la mujer que lleva a término el embarazo en el caso de la gestación por sustitución, etc.). Sin querer entrar en el tema, creo que no es correcto excluir *a priori* y en todo caso cualquier relevancia a estas personas y que un sistema jurídico moderno debe dar cierta relevancia y responsabilidad a dichas personas, al menos en algunos supuestos. Así GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>º</sup> D. C.; SOLÉ RESINA, J., *op. cit.*, pp. 253 ss.

<sup>41</sup> GARCÍA RUBIO, M. P., «Las repercusiones de las propuestas normativas sobre el género preferido en el ámbito de las relaciones familiares», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2021, pp. 82 ss., analiza la transcendencia que la opción de género libremente querida por una persona pueda tener en la relación de filiación que le une con sus hijas o hijos. Plantea dos diferentes cuestiones: las consecuencias que puede producir un cambio de sexo en el progenitor; la posible superación de la heteronormatividad en materia de filiación. La autora afirma: «en este sentido, creo que las nuevas realidades sociológicas, dimanantes en su mayoría de la utilización de técnicas de fecundación asistida, convierten en imprescindible el reconocimiento de la multiparentalidad, de suerte que junto o al lado de las puramente biológicas se deben admitir parentalidades sociales basadas en la voluntad y el comportamiento de los implicados y no tanto en la biología. En esta misma línea se sitúan las nuevas leyes que permiten la autodeterminación del sexo por la persona, ya implantadas en otros países y en trance de hacerlo pronto en el nuestro. Se impone pues, un cambio legal que flexibilice las normas actualmente vigentes y las acomode a las nuevas realidades».

<sup>42</sup> BARBA, V., *op. cit.*, pp. 1-27. Sobre el supuesto de la adopción en casos especiales en derecho italiano, además del artículo que se acaba de citar, v. nota n. 80.

la familia era sólo la matrimonial y la filiación un hecho exclusivamente natural, no se adapta a la realidad actual, en la que el fenómeno de la maternidad y paternidad está llamado a adquirir matices mucho más amplios y una importancia creciente. La situación del derecho español es diferente, considerando que es mucho más abierto y que ya ha reconocido en gran medida la maternidad y paternidad intencional, llegando incluso a la idea de que la función parental puede ser desempeñada por un padre y una madre o por dos padres o dos madres<sup>43</sup>.

Para ambos ordenamientos, con diferentes matices y reconociendo la diversidad del punto de partida, el reto es, sin lugar a duda, el reconocimiento de la multiparentalidad.

Una aproximación a ese fenómeno debe partir, desde luego, de una premisa que difícilmente puede ser cuestionada: la hija o el hijo, salvo casos excepcionales y siempre que responda a su mejor interés, debe mantener relación con quienes son sus padres biológicos/genéticos/intencionales (ya sean padre y madre, o dos padres o dos madres, ya sean biológicos o genético o de intención), con independencia del reconocimiento de otras funciones parentales.

Dicho esto, la cuestión es sí y cómo, suponiendo que los dos progenitores ya no vivan juntos, que uno de ellos haya formado una nueva familia y que la hija o el hijo viva con él, debería establecerse una nueva relación paterno filial, o modelada sobre esta, entre la niña o el niño y el progenitor afín<sup>44</sup>.

Antes de entrar en el fondo de la cuestión y formular una propuesta, conviene señalar que en cualquier asunto que afecte a la

---

<sup>43</sup> GARCÍA RUBIO, M. P., *op. ult. cit.*, pp. 82 ss., «pienso que en un sistema como el español que, como ya he dicho, a día de hoy resulta más abierto y flexible que otros vecinos, en el que se admiten sin problemas situaciones de doble maternidad o de doble paternidad ...».

<sup>44</sup> Según LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *op. cit.*, p. 218, «En todo caso, al menos de momento, la propuesta de incluir a las parejas de los progenitores en las familias reconstituidas en el Derecho común iría en la línea del legislador catalán de permitirles participar en la toma de decisiones relacionadas con la vida cotidiana, pero con el matiz de que no tenga que prevalecer en todo caso el criterio del titular de la patria potestad, dado que ello pondría en tela de juicio que el legislador esté velando por el interés del menor. El dilema por tanto estaría en saber hasta dónde queremos llegar: si nos limitamos a que el cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor participe en la toma de decisiones o pretendemos que, además, se les atribuyan funciones de protección cercanas o coincidentes incluso con las que componen el ejercicio de la patria potestad».



hija o al hijo, siempre debe encontrarse una solución que responda al mejor bienestar del menor. Esto implica, considerando el significado de esta cláusula general, también a la luz de los Convenios Internacionales<sup>45</sup>, que se debe garantizar siempre que la niña o el niño pueda participar en el proceso de toma de decisiones que lo afecten y que sea escuchado explícitamente siempre que sea posible, teniendo en cuenta su autonomía progresiva y su capacidad de discernimiento, y prestando atención, en la medida de lo posible, a sus deseos y preferencias<sup>46</sup>. Además, es absolutamente indispensable, ya que la cláusula general del interés superior del menor es una norma de procedimiento, que en cualquier medida (es decir, decisiones, actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas) que afecte directa o indirectamente a una niña o un niño se considere siempre cómo se ha tenido en cuenta el interés superior al tomar la decisión concreta y qué repercusiones puede tener esa decisión en la práctica.

Cualquier solución que no pase por escuchar a la niña o al niño que tiene capacidad de discernimiento y que no incluya una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o la niña, no es aceptable y debe considerarse *contra legem*.

---

<sup>45</sup> La referencia principal es a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, que consagra ese principio en su art. 3.1. Cabe destacar que el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General n.º 14 (2013), afirma que el interés superior de la niña o del niño es un concepto triple: a) un derecho sustantivo, b) un principio jurídico interpretativo fundamental, c) una norma de procedimiento.

<sup>46</sup> GARCÍA RUBIO, M. P., «¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, p. 44. Tras reconstruir el significado de la cláusula general y explicar su valor tridimensional, la autora identifica algunos casos concretos en los que el interés del niño fue decisivo para la decisión. Como resultado de esta amplia investigación, concluye así: «Tengo para mí que cabría alargar el rimero de funciones que en la práctica está cumpliendo el interés del menor. Algunas muy claras y legítimas; otras no tanto. Pero me parece que las señaladas y los ejemplos incluidos nos ponen claramente de manifiesto que el mantra del "interés del menor" se viene utilizando "a la carta" con una utilidad que va desde el todo (derrotar una ley) hasta la nada (cuando se omite su consideración en el caso, incluso aunque se mencione)».

#### 4. La familia recompuesta: el papel del progenitor afín

El rasgo característico de la familia recompuesta, a pesar de las muchas variables que pueden surgir, es la convivencia con la nueva pareja de al menos una hija o un hijo nacidos de una relación anterior<sup>47</sup>.

Por lo que respecta a las hijas o los hijos comunes de la nueva pareja y a la relación entre el progenitor y su propia hija o hijo, no se plantean particulares problemas, ya que las normas sobre la filiación, la relación paterno filial y todas aquellas, como las que se enmarcan en el derecho de sucesiones, que se basan en este supuesto, ofrecen un conjunto de reglas bastante completo, aunque con las diferencias que puedan existir en los distintos ordenamientos jurídicos y las posibles críticas que puedan hacerse.

Un poco más compleja, pero, ni mucho menos novedosa, es la cuestión de cómo ejercer la responsabilidad parental de forma conjunta, si el otro progenitor que no tiene la custodia y no es conviviente está vivo y no ha sido privado de la responsabilidad. También este supuesto debe considerarse sustancialmente resuelto, teniendo en cuenta que casi todos los ordenamientos jurídicos, incluso en caso de separación de los progenitores, tienden a garantizar el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, independientemente de que la hija o el hijo viva con uno solo de ellos. Obviamente, si el otro progenitor ya ha fallecido, o es desconocido, o ha sido privado de su responsabilidad parental, o simplemente no existe, no surge ningún problema y la responsabilidad parental la ejerce únicamente el progenitor con el que la hija o el hijo vive.

La cuestión realmente compleja y, al mismo tiempo, novedosa es la de la familia recompuesta y, por tanto, la relación entre las hijas o los hijos y el cónyuge o conviviente del progenitor<sup>48</sup>, que podemos llamar progenitor afín.

Teniendo en cuenta que se crea una relación socioafectiva y que, en muchos casos, por numerosas razones, el cónyuge o pareja del progenitor acaba ejerciendo progresivamente la responsabilidad

---

<sup>47</sup> Huelga decir que se hace referencia a una situación familiar caracterizada por la seriedad y la estabilidad.

<sup>48</sup> DELL'UTRI, M., «Famiglie ricomposte e genitori "di fatto"», *Familia*, 2005, pp. 275-322.

parental de hecho, es necesario establecer si y cómo el ordenamiento jurídico puede y/o debe dar relevancia a este fenómeno<sup>49</sup>.

En este sentido, diré de entrada que la adopción<sup>50</sup>, ya sea plena o en casos especiales<sup>51</sup>, que es una institución frecuentemente utilizada, sobre todo si el otro progenitor de la niña o del niño ha fallecido, a no ser que se prevea una adopción especial para este supuesto, como hizo el proyecto de Código de las Familias cubano, no me parece ni adecuada, ni capaz de una aplicación generalizada, así que sólo debe considerarse un paliativo al que no tendríamos que acudir y que, de todas formas, no puede dejar satisfechos<sup>52</sup>.

Dicho esto, se entiende que la cuestión clave se refiere al reconocimiento jurídico<sup>53</sup> de la función parental que desempeña el

---

<sup>49</sup> Según DE MAURO, A., «Le famiglie ricomposte», *Familia*, 2005, pp. 767-775, es una relevancia de tipo voluntario, que depende de la convivencia.

<sup>50</sup> AULETTA, T., *op. cit.*, pp. 53 ss., propone un análisis crítico de los principales problemas que plantea la regulación de la adopción en casos particulares aplicados al caso de las familias reconstituidas.

<sup>51</sup> En derecho italiano cabe la posibilidad de adoptar al hijo o hija del cónyuge o pareja. Se trata de un supuesto de adopción especial, regulado en el artículo 44.1 de la Ley 184/1983, de 4 de mayo, que se aparta del principio general según el cual la adopción de un menor presupone que éste se encuentre en estado de desamparo. Incluso en presencia de un progenitor que cuida de su hijo o hija y tiene la responsabilidad parental, estas condiciones especiales establecidas en las letras a) y d) del artículo 44.1 permiten la adopción de un niño que tiene un progenitor. Esta institución se utiliza en la jurisprudencia italiana en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando sólo uno de los dos miembros de la pareja es el progenitor genético y/o biológico. Especialmente en los supuestos en que la pareja utiliza técnicas de reproducción asistida en el extranjero e Italia no reconoce el certificado de nacimiento extranjero o la resolución extranjera, se recurre a la adopción en casos especiales para establecer una relación filial con el miembro de la pareja que no es también progenitor genético o biológico. Sobre este tema, v. BARBA, V., *op. cit.*, pp. 1-27.

<sup>52</sup> DÍAZ ALABART, S., *op. cit.*, pp. 841 ss., advierte que el fenómeno no puede regularse ni por referencia a la norma sobre los deberes de los cónyuges, «la convivencia con los hijos del otro cónyuge no puede incluirse entre las obligaciones del matrimonio», ni a la “guarda de hecho”, ni a los «pactos de delegación de la patria potestad», ni a la «gestión de negocios ajenos”, ni, finalmente, al mandato. Concluye afirmando que «nos encontramos ante unas situaciones nuevas dentro del derecho de familia, que hay que reconocer y construir como nuevas relaciones jurídicas de carácter familiar o cuasi familiar».

<sup>53</sup> ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, A. M., «Maternidad y paternidad. Nuevos escenarios a propósito de la Constitución cubana de 2019», en PÉREZ GALLARDO, L. B.; CÁNOVAS GONZÁLEZ, D. (dirs.), *Las familias en la Constitución*, Olejnik, Santiago-Chile, 2020, pp. 198 ss., afirma que es imprescindible regular jurídicamente la figura del progenitor afín. En primer lugar, porque: «a partir de su reconocimiento, dejan de ser

progenitor afín<sup>54</sup>, entendiendo que cualquier forma de reconocimiento debe tener siempre en cuenta la relación que la hija o el hijo pueda tener con el otro progenitor que no tiene el cuidado pero sí la responsabilidad, distinguiendo según se trate de hijas o hijos menores o mayores de edad (eso determina que la cláusula general del interés superior del menor adquiera una importancia diferente), según la duración de la convivencia y teniendo en cuenta, como elemento clave, los intereses, deseos y preferencias de la hija o del hijo. La cuestión es cómo lograr dicho reconocimiento y qué consecuencias jurídicas, tanto a nivel personal como patrimonial y, en particular, sucesorio, deberían derivarse.

Con independencia de todos estos aspectos que pueden diferenciar los distintos casos, no cabe duda de que la convivencia supone una obligación recíproca de colaboración y que todos los gastos de manutención, instrucción, educación y crianza de la hija o del hijo conviviente deben ser considerados gastos familiares, que, por tanto, también corren a cargo del progenitor afín, con independencia de que la pareja esté o no casada y del régimen económico que han elegido<sup>55</sup>. Por otro lado, hay que considerar que la hija o el hijo que vive en la familia está obligado a contribuir de forma equitativa y en función de sus posibilidades a sufragar los gastos familiares<sup>56</sup>.

---

fantasmas, entes silentes», en segundo lugar, porque se eliminan «las vaguedades y confusiones sobre el rol que a cada quien corresponde» en la dinámica familiar y finalmente, porque permite establecer «prioridades o pautas» en casos de desacuerdo.

- <sup>54</sup> MÉNDEZ TRUJILLO, I. M., «El estatuto de los padres y madres afines», en PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B.; CÁNOVAS GONZÁLEZ, DAIMAR (dirs.), *op. cit.*, p. 240, remitiéndose a Grosman, dice del progenitor afín «No se trata de una figura sustituta, capaz de lesionar la autoridad e identidad parental, sino que tiene su lugar propio y debe ser considerada como una figura de referencia distinta; la pareja debe seguir cumpliendo su función de cuidado de los hijos dentro de un esquema de responsabilidad compartida».
- <sup>55</sup> DÍAZ ALABART, S., *op. cit.*, p. 852, señala que, aunque el art. 1362 del Código Civil sólo se refiere al caso de sociedad de gananciales, «habrá que admitir la vigencia de una solución similar para los demás regímenes económicos. Siendo en el fondo ésta no tanto una carga de los gananciales como una carga del matrimonio, habrá que entender que, como el régimen primario, afecta a todo sistema matrimonial, si bien se adecuará a las características del mismo». CARRILLO LERMA, C., *op. cit.*, pp. 227 ss., «el sustentamiento del hijo no común se configura, principalmente, como un deber conyugal de contribuir a las cargas del matrimonio en el Código Civil y nunca como un verdadero deber de alimentos».
- <sup>56</sup> CARRILLO LERMA, C., *op. cit.*, pp. 237 ss. Ese deber de contribución está previsto como deber de los hijos de contribuir al levantamiento de las cargas de la familia, de forma

Al margen de este aspecto de los gastos familiares, que debe considerarse como una regulación común a todos los ordenamientos jurídicos contemporáneos y cuya norma cada jurista tendría que encontrar incluso en ausencia de una redacción expresa al respecto, a través de una interpretación de los principios y/o integración analógica, la cuestión clave es la del posible reconocimiento del papel del progenitor afín<sup>57</sup>.

Teniendo en cuenta que en el caso de hijas o hijos mayores no se plantean problemas particulares, ya que tienen plena autonomía y no están sujetos a responsabilidad parental en sentido estricto, podemos decir que el problema se refiere esencialmente al caso de hijas e hijos menores de edad o, más exactamente, al caso en que sean menores de edad en el momento en que empieza la convivencia con el progenitor afín. A este respecto, es esencial encontrar una solución que responda al mejor interés de la persona menor de edad, entendiendo que ello requerirá la consideración de todos los intereses concretamente implicados<sup>58</sup>, para identificar la mejor regulación posible.

---

equitativa y mientras convivan con ella (*ex art. 155.2 CC Es.*) y como derecho de los padres a destinar los frutos de los bienes del menor y de lo que adquiera con su trabajo al levantamiento de las cargas familiares (*ex art. 165.2 CC Es.*).

<sup>57</sup> Crítico BRUSCUGLIA, L., «Famiglie ricomposte e rapporti patrimoniali», en BIANCA, C. M.; MALAGOLI TOGLIATTI, M.; MICCI, A. L., (coord.), *op. cit.*, pp. 36 ss., según la cual se trata de obligaciones naturales. En la p. 41 concluye que la ley debe evitar la creación de modelos familiares a imagen y semejanza de la familia legítima «per soggetti che hanno lasciato quella famiglia per confluire in altro nucleo familiare». Discrepo firmemente y las razones están ampliamente expuestas en el texto. Además, me parece que esta conclusión es más el fruto de un prejuicio ideológico que el resultado de una reflexión sobre el fenómeno social y jurídico.

<sup>58</sup> GARCÍA RUBIO, M. P., *op. ult. cit.*, p. 27, «Con todo, creo que en Derecho español el interés del menor no es, de modo genérico y abstracto, ni superior, ni prevalente, ni prioritario, ni exclusivo, como igualmente reconoce la Observación General nº 14 de 2013. Por ello considero acertadas afirmaciones como las contenidas, entre otras muchas, en la STS 273/2005, de 27 de octubre (RTC 2005, 273), donde se dice que “la protección del interés del menor deba hacerse guardando proporcionalidad con otros valores en conflicto”; también en la STS 160/2012, de 20 de septiembre (RTC 212, 160), según la cual “el interés superior de los menores no puede llevar a entender que sea “no sólo superior, sino único y excluyente frente a otros bienes constitucionales”».

## 5. Una propuesta *de lege ferenda*: el progenitor afín de hecho y el progenitor afín judicialmente reconocido

En el caso de una familia recompuesta, no me cabe duda de que la ley debe reconocer inmediatamente la importancia de la función parental del cónyuge o pareja del progenitor, ya que, aunque de forma gradual y con las dificultades que pueden preverse fácilmente, es incuestionable que el progenitor afín participará en la crianza y educación de la niña o del niño<sup>59</sup>.

Una vez definido el progenitor afín como el cónyuge o pareja del progenitor de la hija o del hijo que convive con ellos, creo que la solución preferible es distinguir dos hipótesis que, simplificando, podemos definir “progenitor afín de hecho” y “progenitor afín reconocido”.

El primer caso debería consistir en una regulación básica que se aplica por el mero hecho de la convivencia, reconociendo legalmente el papel y la responsabilidad del progenitor afín, mientras que el segundo debería presuponer una regulación más compleja, casi comparable a la filiación, que presupone un reconocimiento formal del papel del progenitor afín. Además, debe establecerse que cuando se instauren relaciones afectivas entre la niña o el niño y los familiares del progenitor afín, los primeros tienen el derecho a mantener relaciones significativas con ellos.

La responsabilidad parental, los derechos y los deberes del progenitor afín de hecho no requieren un reconocimiento formal, y dependen de que la hija o el hijo viva con su progenitor y con el cónyuge o pareja de este<sup>60</sup>. Esto impone una responsabilidad a las

---

<sup>59</sup> Según PÉREZ GALLARDO, L. B., *Familias ensambladas*, cit., p. 68, «hay que actuar con prudencia y saber desempeñar el papel, muchas veces conciliador que le corresponde. Es necesario que desaparezca del dado del progenitor esa sensación de invasión frente a la nueva figura parental representada por el nuevo cónyuge o pareja de hecho».

<sup>60</sup> LAGHI, P., «Genitorialità di fatto» ed obblighi di assistenza materiale della prole unilaterale nelle famiglie "ricomposte", *Dir. succ. fam.*, 2017, pp. 824 ss., asigna relevancia al hecho de la convivencia como fuente de obligaciones de protección. «L'instaurazione di una "relazione di fatto" acquisisce specifica rilevanza giuridica divenendo fonte di obblighi legalmente asseverabili; ... la convivenza del «figlio unilaterale» con il coniuge/convivente del suo genitore biologico, può ritenersi fattore idoneo ad integrare un "contatto sociale" particolarmente qualificato tra i predetti soggetti, dal quale – stante il fisiologico stato di debolezza del minore –

“nuevas” parejas, ya que todos deben ser conscientes de que iniciar una convivencia o un matrimonio con una persona que ya tiene hijas o hijos viviendo con ella, también implica asumir la responsabilidad<sup>61</sup> del cuidado y, en cierta medida, la crianza de esas hijas y/o hijos<sup>62</sup>.

La consecuencia más importante de esta condición es que el progenitor afín debe *cooperar* en el cuidado y la crianza de la hija o hijo junto con el otro progenitor y que ambos tienen derecho, incluso por separado, a tomar decisiones relacionadas con la vida cotidiana. Independientemente de que exista o no el progenitor de la hija o del hijo no conviviente, está claro que el progenitor afín debe *cooperar* en la manutención, crianza, educación y asistencia moral de la hija y/o hijo afín.

Esto implica, sin perjuicio de la responsabilidad parental del progenitor no conviviente<sup>63</sup>, que los gastos de manutención, crianza y educación deben considerarse gastos familiares y, por tanto, deben ser asumidos por ambos cónyuges o convivientes, con independencia de que uno sea el progenitor biológico/genético/intencional y el otro solo el progenitor afín<sup>64</sup>.

---

sorgono degli "obblighi di protezione" a carico dell'adulto non genitore, tali da porlo in una posizione di garanzia rispetto alla prole».

- <sup>61</sup> DÍAZ ALABART, S., *op. cit.*, p. 856, señala la importancia no sólo de la relación sanguínea sino también de un acto de voluntad en la relación paterno filial. En este sentido, no se puede descartar lo siguiente: «que un acto de voluntad en ese sentido es el del cónyuge no progenitor al admitir la convivencia en el hogar familiar del hijo o hijos de su consorte».
- <sup>62</sup> DELL'UTRI, M., *op. cit.*, p. 314, afirma que el compromiso del progenitor de hecho con el cuidado de las hijas y los hijos del otro progenitor, que puede reconstruirse en términos de poder jurídico ejercido en el contexto de grupos privados, logra «valori e interessi che sono indefettibilmente propri della comunità familiare di cui il genitore "di fatto" ha originariamente assunto una responsabilità fondativa, e la cui promozione e tutela deve ritenersi patrimonio di ciascun componente della famiglia».
- <sup>63</sup> Comparto, si bien se refiera al caso de adopción en supuestos particulares, la solución propuesta por AULETTA, T., *op. cit.*, p. 65, según el cual el otro progenitor sigue teniendo la obligación de alimentos. «Detto onere si ripartisce, pertanto, nei rapporti interni tra i genitori di sangue e il genitore sociale, sulla base dei criteri posti dall'art. 148 c.c., ferma restando la regola generale della solidarietà dell'obbligazione nei confronti del figlio creditore».
- <sup>64</sup> LAGHI, P., *op. cit.*, pp. 837 ss., concluye que la asunción de responsabilidades por parte del progenitor afín no puede extinguirse en caso de crisis familiar o de ruptura de la pareja. «In altri termini, dall'iniziale atto di consenso alla creazione della famiglia "ricomposta" deriva l'adesione anche ad un sistema di rapporti che, in virtù della loro superiore dimensione assiologica e della funzionalizzazione alla

Las decisiones de mayor importancia se adoptarán de acuerdo con el otro progenitor del menor que no sea conviviente y, en caso de desacuerdo, se admitirá la posibilidad de recurrir a la autoridad judicial sin formalidades, para que ésta, oído el menor que tenga capacidad de discernimiento, indique las medidas que se consideren más convenientes para la persona menor de edad, precisando que en casos de urgencia se dará preferencia a la decisión del progenitor biológico/genético/intencional.

En caso de ausencia u otro impedimento temporal que imposibilite transitoriamente el ejercicio de la responsabilidad parental por parte del progenitor, ésta podría ser delegada excepcionalmente en el progenitor afín. En todo caso, si se toman decisiones de especial importancia, se compartirán con el progenitor no conviviente.

Si el padre o la madre de la niña o del niño fallecen, es necesario establecer con quién pueden o deben vivir. Si no hay otro progenitor, no creo que deba plantearse el problema, ya que se acepta automáticamente que la niña o el niño, siempre que quiera, puede seguir viviendo con el progenitor afín. Queda la posibilidad de que otras partes interesadas (por ejemplo, abuelos, tíos y, en general, parientes hasta el cuarto grado de parentesco) se opongan, exponiendo sus razones. En este supuesto, la autoridad judicial debe tomar una decisión en interés exclusivo del menor, una vez que haya escuchado a todas las partes implicadas y sobre todo la persona menor.

En cambio, cuando el otro progenitor no conviviente esté vivo, la niña o el niño deberá poder libremente decidir si quiere seguir viviendo con el progenitor afín o si quiere ir a vivir con el otro progenitor, entendiéndose que en los casos en que la niña o el niño no pueda expresar su decisión o cuando exista un conflicto, corresponderá a la autoridad judicial, tras haber oído, cuando sea posible, a la niña o al niño, tomar la decisión que realice el mejor bienestar del menor de edad.

En el caso de un progenitor afín *de facto*, no habrá consecuencias automáticas sobre el apellido de la hija o del hijo, que seguirá conservando su propio apellido o apellidos, salvo, claro está, que la hija o el hijo, con capacidad de discernimiento, solicite un cambio de acuerdo con las normas vigentes.

---

realizzazione di interessi prioritari, come quello familiare, non sono liberalmente recedibili».



Además del reconocimiento del progenitor afín de hecho, que es un aspecto esencial y urgente en todos los ordenamientos jurídicos, debería preverse la posibilidad de un reconocimiento formal, del que pudieran derivar consecuencias cercanas a las de la filiación. Se trataría de prever, mediante un auto dictado por la autoridad judicial, el reconocimiento del papel formal, y ya no meramente de hecho, del progenitor afín.

La solicitud debe hacerse conjuntamente por los dos cónyuges/convivientes con los que la hija o el hijo vive, y, de existir el otro progenitor no conviviente, también se habría de requerir su consentimiento. En caso de desacuerdo entre los cónyuges/convivientes y el otro progenitor, la autoridad judicial, tras oír la persona menor que tenga suficiente madurez o que pueda expresar su voluntad, adoptará la decisión que más convenga a su bienestar<sup>65</sup>.

En ausencia del otro progenitor no conviviente, a petición conjunta de los cónyuges/convivientes se concederá de oficio el reconocimiento, siempre que no haya oposición de la hija o del hijo interesado. En este caso, nombrado un defensor judicial, la autoridad judicial tomará una decisión teniendo en cuenta el mejor interés de la niña o del niño.

El reconocimiento judicial de un progenitor afín no extinguirá la relación de filiación con el otro progenitor no conviviente, que seguirá ejerciendo la responsabilidad parental en la forma establecida y conservará el derecho y el deber de mantener una relación equilibrada y continuada con su hijo y la obligación de contribuir a su manutención, cuidado, educación y crianza.

---

<sup>65</sup> No se puede compartir la preocupación expresada por AULETTA, T., *op. cit.*, pp. 56 ss., aunque con referencia al caso de la adopción. Según el autor, la oposición o la disconformidad del otro progenitor debería ser un obstáculo para la adopción, porque no sólo hay que tener en cuenta el interés de la niña o del niño, sino también el del progenitor. Sin embargo, no creo que se plantee tal problema con referencia a la solución propuesta en el texto, considerando que el otro progenitor no pierde ni la responsabilidad parental ni el ejercicio de esta. A tal respecto, no es del todo convincente, si se aplicara a la propuesta que he formulado en el texto, la observación de Auletta orientada a demostrar que el consentimiento del otro progenitor es esencial ya que la adopción determina, de todas formas, una interferencia en la responsabilidad parental de un tercero. «L'assenso del genitore non affidatario appare necessario perché si tratterebbe pur sempre di coinvolgere un terzo nell'esercizio della potestà, soluzione che può trovare giustificazione, a seguito di provvedimento del giudice solo se sussistono gravi motivi che non ricorrono nell'ipotesi in esame».

El progenitor afín, en caso de reconocimiento judicial, no se limitaría a la mera cooperación en el ejercicio de la responsabilidad parental, sino que se convertiría en verdadero *cotitular* de la responsabilidad parental con los padres biológicos, genéticos o intencionales.

El progenitor afín tiene el deber, juntamente con los padres, de mantener, educar, instruir y asistir moralmente a la hija o al hijo. Todos los progenitores tienen una responsabilidad parental que deben ejercer de mutuo acuerdo, teniendo en cuenta las capacidades, inclinaciones naturales y aspiraciones de la niña o del niño.

Las decisiones de mayor interés relativas a la vida de la hija o del hijo se tomarán de común acuerdo entre las personas que ejercen la responsabilidad parental y en caso de desacuerdo la autoridad judicial decidirá, tras oír a los progenitores y a la niña o al niño, indicando la decisión que más le convenga.

En caso de fallecimiento del progenitor conviviente, la hija o el hijo debería poder seguir viviendo con el progenitor afín, salvo que exprese su voluntad de vivir con el otro progenitor. A diferencia del caso anterior, la regla general aquí sería que la niña o el niño siguen viviendo con el progenitor afín y que es necesaria una voluntad contraria específica de la hija o hijo para que se adopte una medida diferente. Si el otro progenitor no está de acuerdo, puede, sin ningún tipo de trámite, oponerse a la decisión ante la autoridad judicial, que debe, siempre que sea posible y en la medida en que sea compatible con el mejor interés del menor, cumplir con los deseos y preferencias de éste<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup> No consideraré el caso de una crisis en una familia reconstituida, que merecería un análisis independiente por sus numerosas y difíciles implicaciones conceptuales. Sólo por el bien de la discusión, creo que es posible decir que, en el caso de un progenitor afín *de facto*, la función de colaboración en el cuidado y la crianza se extingue, pero el derecho a mantener relaciones significativas debe ser protegido cuando se ha establecido un vínculo emocional entre el progenitor afín y la niña o el niño. En el caso de un progenitor afín reconocido, dado que el reconocimiento debe suponer el establecimiento de una verdadera relación de filiación, se aplicarán las normas que regulan el ejercicio de la responsabilidad parental en caso de crisis familiar, adoptando todas las medidas que redunden en beneficio de la hija o del hijo.

Sobre la crisis de la familia reconstituida, v. GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> D. C.; SOLÉ RESINA, J., *op. cit.*, pp. 234 ss., espec. p. 248, «lo anterior pone en evidencia, tal y como se viene repitiendo, la necesidad de tomar en consideración los distintos modelos familiares existentes al regular las crisis matrimoniales o de pareja. Se ha de atender,

La cuestión del apellido es más problemática. Debería aceptarse que el hijo pueda, si lo quiere, añadir el apellido del progenitor afín al suyo, entendiendo que este apellido, en los sistemas en los que los hijos ya tienen un doble apellido, debe añadirse al del progenitor conviviente -tal vez separado por un guion- y que el hijo habría de tener la posibilidad, según las normas del estado civil, de cambiar el orden de los apellidos.

## **6. Sigue: propuesta para una regulación de los derechos sucesorios de la hija o el hijo afín**

Las relaciones patrimoniales entre el cónyuge o la pareja del progenitor y la hija o el hijo y, en particular, las relaciones sucesorias, deben diferenciarse en función de si el progenitor afín es de hecho o judicialmente reconocido.

En el caso del progenitor afín de hecho, la relación que se establece entre ellos debido a la convivencia, si bien justifica el poder-deber de *colaborar* en la educación de la hija o del hijo, no es suficiente, en mi opinión, para que se puedan considerar como legitimarios recíprocos.

Diferente es la cuestión que atañe a la sucesión intestada, también en consideración de su carácter puramente supletorio. Excluir que la relación entre el progenitor afín y la hija o el hijo es relevante para la sucesión y que su relación hereditaria debe basarse exclusivamente en la sucesión testamentaria no me parece una conclusión aceptable. No parece razonable que, en ausencia de otros parientes cercanos (por ejemplo, un cónyuge, una pareja de hecho u otros hijos), se prefiera a un pariente de cuarto grado, y por tanto a un primo o incluso al Estado, antes que al hijo con el que el progenitor afín ha vivido durante años<sup>67</sup>.

---

especialmente, a la posibilidad de que existan hijos no comunes en las familias reconstituidas».

<sup>67</sup> PÉREZ GALLARDO, L. B., *op. ult. cit.*, p. 73, «Las hermanas Berge de siete y ocho años respectivamente, pasaron a ser las hijas afines y a utilizar el apellido del Sr. Berge quien se hizo cargo de la educación y todos los gastos que insumía su manutención aun después de que su madre falleciera. Durante mucho tiempo el Sr. Berge manifestó que era su intención hacer los arreglos necesario a fin de desherrar a sus parientes consanguíneos y dejar sus bienes a sus hijas afines. Al morir, la Suprema Corte del Minnesota resolvió que las hijas afines no tenían derecho a heredarlo».

De esta consideración se desprende que sería necesario considerar a la hija o al hijo entre los sucesores legales del progenitor afín y viceversa, siendo simplemente una cuestión de dónde debe situarse la hija o el hijo en relación con el progenitor afín y, viceversa, el progenitor afín en relación con la hija o el hijo<sup>68</sup>.

Hay que tener en cuenta al menos dos variables para intentar formular una propuesta.

La primera se refiere al fallecimiento del progenitor de la hija o del hijo antes que el del progenitor afín; la segunda, a la capacidad de testar.

Si el progenitor afín fallece antes que el progenitor de la hija o del hijo, la posición hereditaria de éste quedaría medianamente protegida, aunque sólo sea una expectativa, a través de la sucesión de su propio progenitor. Hay que tener en cuenta que en casi todos los sistemas jurídicos el cónyuge es heredero legítimo y que el conviviente, aunque en muchos sistemas no tiene protección sucesoria, merecería, según la propuesta formulada anteriormente, ser considerado heredero intestado. En cambio, si el progenitor biológico, genético o intencional falleciera antes que su cónyuge o pareja y la hija o el hijo siguiera viviendo con el progenitor afín, la situación de la hija o del hijo sería muy distinta y no sólo tendría que compartir la herencia de su progenitor con el progenitor afín, sino que tampoco recibiría nada de éste<sup>69</sup>.

Desde otro punto de vista y en relación con la posible sucesión del progenitor afín al hijo, hay que considerar la cuestión de la capacidad testamentaria.

En muchos ordenamientos jurídicos, entre ellos el italiano, el menor, aunque tenga capacidad de discernimiento o suficiente madurez, no puede otorgar válidamente ningún tipo de testamento, con lo que su sucesión se rige necesariamente por la ley y se da la paradoja de que el menor, que pueda conformar y expresar su

---

<sup>68</sup> VAQUER ALOY, A., *op. ult. cit.*, pp. 227 ss., propone que «si la convivencia es cualificada, porque ha durado un tiempo que pueda considerarse como significativo de la existencia de lazos afectivos como los que se dan en la filiación por naturaleza, entonces cabría, por lo menos, situar al hijastro o hijastra –y al padrastro o madrastra– de manera preferente a los colaterales. En el actual marco legal, colocarlo en un lugar más preferente plantearía problemas de coordinación con otros artículos».

<sup>69</sup> AL MUREDEN, E., «Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze», *Fam. dir.*, 2016, p. 974.

voluntad, no tiene posibilidad de sustraerse al régimen sucesorio legal. Dicha solución, sobre todo hoy en día, no puede aceptarse en absoluto y merece ser reconsiderada, previendo la posibilidad de que la persona de al menos 14 años pueda válidamente otorgar un testamento. Se puede discutir si solo puede hacer testamento notarial, como en derecho español, o también testamento ológrafo y si bien entiendo las motivaciones que pueden justificar la primera solución, abogaría por la segunda.

Dadas estas dos premisas, es posible especular sobre el orden en que la hija o el hijo debe ser considerado heredero legal del progenitor afín y viceversa.

En mi consideración, el hijo debería ser considerado como heredero legal del progenitor afín y su sucesión debe ordenarse, a mi parecer, sobre la base de las siguientes reglas<sup>70</sup>. La presencia de hijas o hijos propios desplaza a la hija o hijo de ser heredero legal del progenitor afín y, por tanto, la hija o el hijo afín es un heredero en grado subordinado a las hijas o hijos del progenitor afín. A falta de hijas o hijos propios del progenitor afín, la hija o el hijo afín sucedería juntamente con el cónyuge o pareja, los parientes colaterales y los ascendientes. La hija o el hijo afín debe ser heredero de un tercio en los siguientes casos: en ausencia de ascendientes y en concurso con cónyuge/pareja; en concurso con ascendientes y en ausencia de cónyuge/pareja; en concurso con colaterales y en ausencia de cónyuge y/o ascendientes. En el caso de concurso de ascendientes, cónyuge e hija o hijo afín, el primero sucede en la mitad de la herencia y los dos últimos en un cuarto. Por último, considerando que, si hay cónyuge o ascendientes, los parientes colaterales no están llamados a heredar, hay que descartar otras posibilidades de concurso y por tanto el concurso de cónyuge, colaterales e hija o hijo afín y el de ascendientes, colaterales e hija o hijo afín.

Desde otro punto de vista, también debería aplicarse lo contrario, es decir, que el progenitor afín sea sucesor legal de la hija o del hijo afín.

---

<sup>70</sup> PÉREZ GALLARDO, L. B., *op. ult. cit.*, p. 76, «quizás la idea hoy día no sea atribuir la misma cuota que corresponde al hijo biológico, tal vez la sociedad no está preparada para ello ... pero tampoco es justo que por la razón que fuere, si el fallecido no testó, por la inveterada presunción afectiva que supone que los hijos son los más queridos, estos le hereden sin que los hijos afines puedan recibir al menos una determinada cuota parte del caudal hereditario».

El progenitor afín debe considerarse subordinado al progenitor biológico/genético de intención de la hija o del hijo y, por tanto, sólo está llamado a suceder si no hay progenitor conviviente y si la hija o el hijo sigue viviendo con el progenitor afín a pesar del fallecimiento de éste. Es discutible si el progenitor afín deba concurrir con el progenitor de la hija o del hijo que no conviva. En este sentido, también teniendo en cuenta que el progenitor afín colabora en la crianza y contribuye sustancialmente a los gastos de manutención, educación y formación de la hija o del hijo, me inclinaría por considerar que se debe dar un concurso, otorgando al progenitor afín una cuarta parte del haber hereditario de la hija o hijo afín. Por último, el progenitor afín también debe concurrir con los ascendientes y parientes colaterales de la hija o hijo afín, recibiendo en ambos casos una cuarta parte de la herencia.

En el caso de un progenitor afín reconocido, asimismo teniendo en cuenta la función parental plena que ejerce y que su posición implica también el consentimiento del progenitor que no convive, la posición de la hija o del hijo afín debe equipararse esencialmente a la del hijo o hijo biológico/genético/de intención en lo que respecta tanto a la sucesión intestada como a la sucesión forzosa. Y esto vale no solo con respecto a la sucesión (intestada y forzosa) entre el progenitor afín y la hija o el hijo afín, sino también, a la inversa, con respecto a la sucesión (intestada y forzosa) entre la hija o el hijo y el progenitor afín. Solo hay que añadir que, si existieran los tres progenitores, la herencia de la hija o del hijo tendría que dividirse a partes iguales no entre dos, sino entre tres progenitores, superando, por lo tanto, la idea de la doble línea en el derecho de sucesiones.

El reconocimiento formal de la relación con el progenitor afín, que, como hemos dicho, conlleva consecuencias en el ámbito personal comparables a las que se derivan de la relación paterno filial, debe conllevar también consecuencias similares en el ámbito patrimonial y, en particular, en el sucesorio.

## 7. Conclusiones

La importancia social de las familias recompuestas impone al jurista la responsabilidad de adoptar sin demora ni ambages normas

que den respuesta a los problemas personales y patrimoniales que se plantean. La urgencia de esta intervención hace necesaria una reflexión sobre la multiparentalidad y, por tanto, sobre el papel de la maternidad y paternidad<sup>71</sup>.

Debemos tener la valentía de decir que la forma en que se establecen las relaciones paternofiliales debe cambiar, y que no pueden basarse únicamente en datos genéticos o biológicos, y requieren un enfoque más amplio que reconozca, más allá de la adopción, tanto a los padres intencionales como a los progenitores afines<sup>72</sup>, y más en general las relaciones paternofiliales basadas en la socio-afectividad.

La maternidad y paternidad no puede limitarse a un hecho puramente biológico y natural, porque implica asumir la responsabilidad del cuidado y la educación de la hija o del hijo<sup>73</sup>.

Hay que partir de la base de que, en principio, cada hija e hijo tiene dos vínculos filiales. Sin embrago, debemos superar la idea de que deben ser necesariamente padre y madre, ya que podrían ser dos madres o dos padres, incluso mediante el uso y dentro de los límites de las técnicas de reproducción humana asistida. La existencia de la doble filiación no debería ser un obstáculo para el reconocimiento de situaciones de multiparentalidad, porque es muy posible que otras personas tengan una importante función parental, que la ley no puede pasar por alto.

El concepto de multiparentalidad nos exige superar la idea de que la filiación, como hecho de la naturaleza, implica que un niño o una

---

<sup>71</sup> Comparto la propuesta de GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>º</sup> D. C.; SOLÉ RESINA, J., *op. cit.*, p. 253 ss.

<sup>72</sup> GARCÍA RUBIO, M. P., «¿De qué debemos hablar cuando hablamos de familia?», en ADÁN GARCÍA, M. E., ALGORA WESOLOWSKI, M. D. R., AMMERMAN YEBRA, J., GARCÍA RUBIO, M. P., ABAD TEJERINA, P. (coord.), *Derecho de familia. Homenaje a Encarnación Roca Trias: la jurista que se adelantó a su tiempo*, Sepin, Madrid, 2021, p. 287, «la moderna conceptualización de la familia ha de adoptar más bien una perspectiva funcional, de conformidad con la cual la familia no se define como una institución destinada a cumplir objetivos económicos ni de legitimidad y ubicación social de sus miembros; más bien al contrario, en la actualidad ve prácticamente reducida su función a la faceta afectiva y emocional, en la que cuentan sobre todo las relaciones de solidaridad, cuidado y compasión entre sus miembros».

<sup>73</sup> PÉREZ GALLARDO, L. B., *op. ult. cit.*, p. 79, «la necesidad de redibujar el concepto de familia, de acercar los derechos hereditarios a los verdaderamente afectivos, más allá aún de la sangre y de adecuar los clásicos moldes de las sucesiones *ab intestato* a las nuevas formas familiares que pulsan el devenir de estos tiempos, son retos que debemos imponernos, si queremos despejar de una vez por todas, las variables que conforman la compleja ecuación social que las familias ensambladas representan».

niña siempre debe tener un padre y una madre, es decir, que sus padres deben coincidir exclusiva y únicamente con quienes lo o la procrearon, y nos exige aceptar la idea de que la función parental va más allá del mero hecho de la procreación y depende de la función desempeñada por el progenitor y, por tanto, de la función de cuidado. De este modo se supera también el dogma de la paternidad exclusivamente bilateral, según el cual cada niño o cada niña sólo puede tener dos progenitores, y se sugiere, con todos los esfuerzos que sean necesarios, que es posible que la función parental sea ejercida en la práctica por más de dos personas al mismo tiempo, siempre que ello redunde en el interés superior de la persona menor.

Se trata, por tanto, de determinar las normas de ejercicio de la responsabilidad parental de manera que contribuyan al mejor desarrollo de la persona y de adaptar las normas patrimoniales, como las en tema de sucesiones.

La multipaternidad, que es ante todo el reconocimiento de la función parental a quienes ejercen concretamente el papel de progenitores, independientemente de los lazos de sangre y sobre la base del valor de la socioafectividad, implica la superación del dogma de la relación paternofamiliar bilateral por parte de un padre y una madre y requiere un replanteamiento global de las técnicas de reproducción humana asistida, de la paternidad y maternidad intencional y de la paternidad y maternidad social. Una vez realizado este reconocimiento, que se hace imprescindible para que la persona menor de edad pueda desenvolver y desarrollar su personalidad de la mejor manera posible, también será importante asumir todas las consecuencias que se derivan de ello, tanto desde el punto de vista personal, que se refiere principalmente al ejercicio de la responsabilidad parental, como desde el punto de vista patrimonial, con especial atención a la obligación de alimentos, la contribución y el derecho de sucesiones.

En el caso de las familias recompuestas, para las que urge el reconocimiento propuesto a lo largo de este trabajo, debe darse plena importancia al papel del progenitor afín, y creo que esto debe hacerse, como he intentado proponer, distinguiendo entre el caso del progenitor afín de hecho, es decir, un caso en el que debe aplicarse una regulación básica por el mero hecho de que una persona, como cónyuge o conviviente del progenitor, ejerza la función de progenitor y coopere en el cuidado de la hija o del hijo, y el progenitor afín



reconocido, que implica un reconocimiento legal, del que se deriva una relación paterno filial plena.

Se trata de un reto de gran envergadura en el que no pueden bastar las concesiones paliativas basadas en la adopción tradicional<sup>74</sup>, sino que se requiere una verdadera revolución copernicana por parte de los juristas, que es la única que puede permitir devolver una importancia renovada a la maternidad y paternidad, fundada sobre el cuidado<sup>75</sup>, y realizar plenamente el mejor interés de las niñas y de los niños.

## Bibliografía

AL MUREDEN, E., «Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze», *Fam. dir.*, 2016, p. 974.

ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, A. M., «Maternidad y paternidad. Nuevos escenarios a propósito de la Constitución cubana de 2019», en PÉREZ GALLARDO, L. B.; CÁNOVAS GONZÁLEZ, D. (dirs.), *Las familias en la Constitución*, Olejnik, Santiago-Chile, 2020, pp. 198 ss.

AULETTA, T., «La famiglia rinnovata: problemi e prospettive», en BIANCA, C. M.; MALAGOLI TOGLIATTI, M.; MICCI, A. L., (coord.), *Interventi di sostegno alla genitorialità nelle famiglie ricomposte*, Franco Angeli, Milano, 2005, pp. 49 ss.

BARBA, V., «Las técnicas de procreación humana asistida, la responsabilidad de los padres y el interés del menor entre ley y jurisprudencia italiana», *Actualidad Civil*, 2022, pp. 1-27.

BOSCH I CARRERA, A., «Las familias reconstituidas y las cuestiones de protección patrimonial», en ÁREA DE DRET CIVIL, UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *Nous reptes del dret de família*. Materials de les

---

<sup>74</sup> En sentido parcialmente diferente, FERRANDO, G., «Familias recompuestas y padres nuevos», *Derecho y sociedad*, 2007, p. 316, «la adopción en supuestos particulares y la adopción de mayores de edad se vuelven instrumentos dúctiles para formalizar las relaciones entre los componentes de la nueva familia, sin despojar de legitimidad, completamente, al otro progenitor».

<sup>75</sup> VARELA CASTRO, I., «Mujeres, hombres y el discurso del cuidado: contextualización para un debate en el ámbito del Derecho privado», TOMÁS, G.; VIDU, A. (coords.), *Mujer como motor de innovación jurídica y social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 1031, «el Derecho privado debe contribuir a superar el escaso reconocimiento social que se tiene del cuidado y situarlo a la altura de su verdadera trascendencia».

Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa, Documenta Universitaria, Girona, 2005, pp. 241-274.

CARRILLO LERMA, C., *Familias reconstituidas: la relación jurídica entre el cónyuge y los hijos no comunes menores de edad*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 29 ss. y pp. 46 ss.

DAYAMIS RAMÍREZ, T.; GRETCHER LAMAS, B., «La familia ensamblada: una nueva concepción familiar», *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, 2018, pp. 230-244.

DE MAURO, A., «Le famiglie ricomposte», *Familia*, 2005, pp. 767-775.

DÍAZ ALABART, S., «El pseudo “estatus familiae” en el Código Civil. Una nueva relación familiar», *Revista de derecho privado*, 1992, pp. 839-856.

FERRANDO, G., «Familias recompuestas y padres nuevos», *Derecho y sociedad*, 2007, p. 316.

FERRER RIBA, JOSEP, «Los efectos de la filiación y su restricción o exclusión», en BARBER CÁRCAMO, R.; QUICIOS MOLINA, M. S.; VERDERA SERVER, R. (coord.), *Retos actuales de la filiación* (XX Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil), Tecnos, Madrid, 2018, p. 325.

GARCÍA RUBIO, M. P., «¿De qué debemos hablar cuando hablamos de familia?», en ADÁN GARCÍA, M. E., ALGORA WESOLOWSKI, M. D. R., AMMERMAN YEBRA, J., GARCÍA RUBIO, M. P., ABAD TEJERINA, P. (coord.), *Derecho de familia. Homenaje a Encarnación Roca Trías: la jurista que se adelantó a su tiempo*, Sepin, Madrid, 2021, p. 287.

GARCÍA RUBIO, M. P., «¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, p. 44.

GARCÍA RUBIO, M. P., «Las repercusiones de las propuestas normativas sobre el género preferido en el ámbito de las relaciones familiares», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2021, pp. 82 ss.

GARCÍA RUBIO, M. P., «Reivindicando el valor del Derecho civil. El tratamiento del Derecho civil por los poderes normativos», *Revista de Derecho Civil*, 2022, pp. 233-245.

GARCÍA RUBIO, M. P., «Un niño o una niña pueden tener más de dos madres y/o de dos padres. Hacia el reconocimiento jurídico de la multiparentalidad», en SOLE RESINA, J. (coord.), *Persona, familia y género. Liber amicorum a M<sup>a</sup> del Carmen Gete-Alonso y Calera*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 209 ss.

GARCÍA-MINA FREIRE, A.; CARRASCO GALÁN, M. J.; ESPINAR FELLMANN, I.; MARTÍNEZ DÍAZ, M. P., «Familias reconstituidas un acercamiento al estudio de las nuevas estructuras familiares», *Miscelánea Comillas: Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, 2002, pp. 185-198.

GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> D. C.; SOLÉ RESINA, J., *Actualización del Derecho de filiación. Repensando la maternidad y la paternidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

GORELL BARNES, G.; THOMPSON, P.; BURCHARDT, N., *Growing up in stepfamilies*, Clarendon, Oxford, 1997. SCHERMAN, I. A.; MENDOZA, E., «Familia ensamblada o reconstituída (parentesco por afinidad)», *El derecho de familia y los nuevos paradigmas: X Congreso Internacional de Derecho de Familia*. Mendoza (Argentina), 1998, Universidad Nacional de Cuyo, pp. 47-51.

GROSMAN, CECILIA P.; MARTÍNEZ ALCORTA, I., *Familias ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio. Ley y creencias. Problemas y soluciones legales*, Universo, Buenos Aires, 2000, p. 35.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., «Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014», *Revista Jurídica La Ley del 8 de octubre de 2014*, en [https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina4\\_03.pdf](https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina4_03.pdf), consultada el 10.11.2021.

LÓPEZ SÁNCHEZ, C., «Las familias reconstituidas. Una realidad en continuo crecimiento», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, p. 197.

MAZZONI, S., «Le famiglie ricomposte: dall'arrivo dei nuovi partners alla costellazione familiare ricomposta», *Dir. fam pers.*, 1999, pp. 369-384;

MEDINA, G., «Socio afectividad y Derecho de Familia», *Derecho de Familia - Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2020, pp. 99 s.

PÉREZ GALLARDO, L. B., «Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión "ab intestato": ¿Una ecuación lineal?», *Revista de derecho privado*, 2011, p. 65.

PÉREZ GALLARDO, L. B., «Las nuevas construcciones familiares en la sucesión ab intestado ..., en pos de superar trazos hematológicos», in ID (coord.), *Hacia un nuevo derecho de sucesiones*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2019, pp. 218 s.

RESCIGNO, P., «Esercizio della potestà genitoriale da parte del genitore acquisito: prospettive legislative», en BIANCA, C. M.; MALAGOLI TOGLIATTI, M.; MICCI, A. L., (coord.), *Interventi di sostegno*

*alla genitorialità nelle famiglie ricomposte*, Franco Angeli, Milano, 2005, pp. 25 ss.

RESCIGNO, P., «Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche», *Famiglia*, 2002, pp. 1-8.

RIVAS RIVAS, A. M., «La protección social ante los nuevos modelos de familias: el caso de los hogares recompuestos», (disponible en: [SESTA, M., «Verso nuove trasformazioni del diritto di famiglia italiano?», \*Famiglia\*, 2003, pp. 123-166.](https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/9f0d0221-78de-4e2f-baac-113149310d5e/9+La+proteccion+social+ante+los+nuevos+modelos+de+familias.+el+caso+de+los+hogares+recompuestos%28Castellano%29.pdf?MOD=AJPERES; consultado el 24/11/2021), pp. 12 ss.</a></p></div><div data-bbox=)

VAQUER ALOY, A., «Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal», *Revista de derecho civil*, 2017, pp. 211-235.

VAQUER ALOY, A.; IBARZ LÓPEZ, N., «Las Familias Reconstituidas y la Sucesión a título legal», *Revista de derecho civil*, 2017, pp. 214 ss.

VARELA CASTRO, I., «Mujeres, hombres y el discurso del cuidado: contextualización para un debate en el ámbito del Derecho privado», TOMÁS, G.; VIDU, A. (coords.), *Mujer como motor de innovación jurídica y social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 1031.

# Socioafectividad, adopción de integración y pluriparentalidad

*Mariana Callegari*

**RESUMEN:** Si bien la socioafectividad no constituye una fuente de la filiación en el derecho argentino, es relevante en algunos supuestos en que existen figuras similares a las paternas/maternas que cumplen idénticos roles, cuestión que adquiere una especial atención durante la minoría de edad, siendo compatible, considerando el interés superior del niño, que se decrete la adopción integrativa respecto del cónyuge/conviviente del progenitor de aquel.

**SUMARIO:** 1. Introducción. – 2. Socioafectividad y posesión de estado. – 3. Interés superior del niño. – 4. Distintos modelos de familia y pluriparentalidad. – 5. Adopción por integración y pluriparentalidad. – 6. Conclusión.

## 1. Introducción

La irrupción de la socioafectividad en la vida de los niños, niñas y adolescentes como determinante para consolidar un estado filial no es un tema novedoso, sino actual y controvertido.

Se afirma que la socioafectividad es un término formado por la unión de dos palabras -social y afectivo-, que hace referencia a las relaciones sociales que surgen del afecto de dos o más personas<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> MEDINA, G., «Socioafectividad y derecho de familia», in ID (coord.), *Derecho de Familia*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2020, pp. 85 ss.

Tal componente socioafectivo comenzó a obtener reconocimiento jurisdiccional en la Argentina en oportunidad de presentarse situaciones complejas que no encuentran respuesta en la norma jurídica.

La apertura al “afecto” como concepto jurídico importa que “en numerosas ocasiones, las relaciones familiares deberán moverse más en el ámbito de la afectividad que en el de los lazos biológicos o genéticos, o en el de la regulación legal única: de allí que se comienza a hablar del “parentesco social afectivo”, para reflejar la relación que surge entre personas que, sin ser parientes, se comportan entre ellos a modo y semejanza; se ha producido entonces, lo que se ha dado en llamar “desencarnación”, o sea, el debilitamiento del elemento carnal o biológico en beneficio del elemento psicológico y afectivo”<sup>2</sup>.

El objeto de nuestra ponencia no abarca las problemáticas de la filiación derivada de técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA), ni la adopción como instituto para proteger a la niñez desamparada, sino que está relacionado con una reinterpretación de la adopción integrativa, a partir de un análisis de los arts. 630 y 631 inc. b) y su remisión al art. 621 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN), que constituyen las normas en base a las cuales se la establece.

En razón de ello, nuestra postura tiene como fin propender al reconocimiento de la adopción integrativa como el instituto adecuado para dar respuesta a los nuevos vínculos filiales determinados por la socioafectividad y, de este modo, la admisión de la pluriparentalidad como otro modelo familiar.

Ello no implica que no advirtamos la necesidad de que se regulen legalmente y en forma clara los efectos de las situaciones que se suscitan a causa de la socioafectividad, teniendo en consideración que las reglas sobre la filiación no deben depender de la decisión de los jueces ya que no resulta acorde con los principios de seguridad jurídica y de igualdad, que aquellos pudieran decidir de distinta manera en casos que son idénticos, cuando la solución debe ser igual para todos.

Al respecto el ilustre constitucionalista Bidart Campos ha sido terminante al sostener que el principio de igualdad ante la ley

---

<sup>2</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. R., «Las nuevas realidades familiares en el CCC Argentino de 2014», *La Ley*, 2014.

recogido por el art. 16 de la Constitución Nacional, requiere la uniformidad de la jurisprudencia.

Sabemos que nuestra constitución consagra la igualdad ante la ley, pero la ley igual para todos es una norma general, cuyo destino intrínseco es individualizar a través de norma más concretas en casos singulares; o sea, recaer sobre situaciones particulares. Y si en esa interpretación individualizada se la interpreta de modo contradictorio en situaciones análogas simultáneas la igualdad padece, porque para cada individuo en cada caso sentenciado, la ley es lo que el tribunal que la aplica dice que es. De donde la igualdad ante la ley – mantenida en igual norma general para todos – requiere completarse con la igualdad jurídica, que es más amplia, porque incluye también igual aplicación de esa ley en casos similares simultáneos, a través de las normas individuales<sup>3</sup>.

## 2. Socioafectividad y posesión de estado

El afecto, a diferencia del dato genético, escasamente aparece mencionado en las normas jurídicas referidas a la familia. No obstante lo cual, los operadores jurídicos han venido implementando acertadamente la socioafectividad y reconocido derechos emergentes de un vínculo fundado en el afecto basado fundamentalmente en el principio del interés superior del niño.

Sin perjuicio de que el afecto siempre resultó ser uno de los elementos constitutivos de las relaciones humanas, existieron reticencias para que se constituya como elemento determinante para el reconocimiento de derechos derivados de este tipo de vínculos, a contrario sensu de la legitimidad de la que han gozado desde antaño los vínculos determinados por consanguinidad<sup>4</sup>.

Es necesario distinguir el parentesco biológico o legal de los vínculos que se establecen por la fuerza de los hechos, o los afectos y

---

<sup>3</sup> BIDART CAMPOS, G. J., "Tratado elemental de derecho constitucional argentino", Ediar, Buenos Aires, t. II-B, p.552.

<sup>4</sup> VITTOLA, L. R., «La noción de socioafectividad en el CCCN», *Diario DPI Suplemento Civil, Bioética, y Derechos Humanos*, 2018.

que cuentan con una aceptación social que los legitiman aun cuando carezcan de recepción legal.

La socioafectividad tiene un componente social y afectivo que no se asocia al parentesco y su desarrollo responde a la receptividad de manifestaciones de vivir en familia que encuentran su cauce en vínculos de apego significativos para la persona que convive o no con vínculos parentales y presenta una necesaria e inseparable incidencia con el interés superior de los niños, niñas y adolescentes requiriéndose que se le reconozca un apropiado marco legal<sup>5</sup>.

Con el advenimiento del nuevo Código Civil y Comercial la socioafectividad empezó a tener cierta relevancia jurídica, según puede observarse en algunas de las normas incorporadas. De este modo se admite el afecto como sustento de las uniones convivenciales, se reconocen efectos jurídicos al vínculo existente entre el progenitor afín y el hijo de su pareja aun ante la ausencia de parentesco por afinidad, entre otros supuestos.

Así las cosas, la socioafectividad se erige como un elemento necesario de las relaciones familiares que tienen su apoyatura en el afecto permanente en el tiempo, el que no hace más que reafirmar el vínculo afectivo que trasciende al plano normativo para conformar y construir un nuevo criterio de establecimiento de vínculos.

La socioafectividad se presenta como elemento necesario de las relaciones familiares basadas en hechos conjugados en el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y reafirma vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo, conformando un nuevo criterio para establecer la existencia del vínculo parental fundado en la afectividad en mejor interés del niño y de la dignidad de la persona humana<sup>6</sup>.

No es un dato menor la importancia que ha cobrado la denominada “posesión de estado de familia”, definida como el goce público, notorio y constante de una determinada situación familiar, que surge del prolongado ejercicio fáctico de los derechos y obligaciones propios de la misma, con prescindencia de que quien los

---

<sup>5</sup> Ponencia con la prof. V. Schapira en XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mendoza, 2022.

<sup>6</sup> SEREJO, L., «O parentesco socioafetivo como causa de inelegibilidade», en *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, IOB Thomson, Sao Paulo, 2005, pp. 547 ss.



ejerza tenga el título de estado correspondiente a dicha situación o carezca de él.

Incluso, tradicionalmente se exigía para acreditarla tres elementos: nomen, fama y tractatus. En la actualidad basta con acreditar este último, es decir actos que revelen el cumplimiento del rol parental.

Cuando apelamos a la socioafectividad introducimos otra verdad, la afectiva. Este elemento debe nutrir a la posesión de estado y ambos estar presentes para poder ser considerados a fin de constituir un nuevo estado de familia a través de la adopción por integración.

Entendemos que solo la posesión de estado socioafectiva acreditada tendrá la entidad suficiente para considerarse como disruptiva en la relación filial con el niño, niña y adolescente.

### 3. Interés superior del niño

Cuando se trata de un niño, la mirada adquiere una dimensión particular: el Estado debe tener en cuenta su interés superior para regularla e interpretarla, (art. 3 inc. 1° de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de ahora en más CIDH), en su opinión consultiva 17/ 2002), principio que fue incorporado expresamente en el artículo 639 del CCCN (responsabilidad parental).

Si bien la CDN no establece lo que debe entenderse como su interés superior, de la práctica del Comité de los Derechos del Niño surge que todo órgano e instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio de interés superior del niño estudiando sistemáticamente como los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que se adopten<sup>7</sup>.

Según la CIDH “Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus

---

<sup>7</sup> Obs. Gral. 5 Comité de los Derechos del Niño, Medidas Grales. de aplicación de la CDN sesiones 2003. UN Doc HRI/GEN/ 1/ Rev. 7 at 377 ítem 12.

potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la CDN”, y que “la expresión interés superior del niño consagrada en el artículo 3 de la CDN implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”<sup>8</sup>.

El interés superior del niño tiene un campo de aplicación amplio, sin límites definidos, por cuanto opera requiriendo que se observe la mejor conducta de acuerdo a las circunstancias que se presentan, siendo flexible y adaptable. En razón de ello, corresponderá a los magistrados evaluar en el supuesto concreto sometido a su entendimiento establecer cuál es la respuesta que recoge el mejor interés de la niña, niño o adolescente cuyos derechos se encuentren en debate en el caso<sup>9</sup>.

La CIDH señaló que el interés superior se funda, entre otros principios, en la necesidad de propiciar el desarrollo de aquellos, y el pleno aprovechamiento de sus posibilidades y para la determinación del contenido de aquel interés superior, deben ser considerados el resto de los derechos que enumera la Convención y debe efectuarse en base a la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños y riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios no pueden ser admisibles las especulaciones o imaginarias presunciones, estereotipos, consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia<sup>10</sup>.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que el contenido de aquel interés se vincula con lo que resulta más beneficioso para el niño y, además expresó que los magistrados se encuentran obligados a dar buenos fundamentos acerca de la selección que realicen para no caer en un uso antifuncional de sus facultades discrecionales<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> CIDH OC 17/2002, Serie A N° 17 dispositivo 2.

<sup>9</sup> GROSMAN, C. P. (dir.), VIDETTA, C. A. (coord.), *Los derechos personalísimos de niños niñas y adolescentes*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, p. 43.

<sup>10</sup> CIDH, 30-8-2012, Furlan vs Argentina.

<sup>11</sup> CSJN Fallos 328:2870 y 331:942.

#### 4. Distintos modelos de familia y pluriparentalidad

En el contexto sociocultural de Argentina surge como dato de la realidad sociológica la existencia de múltiples tipos o formas de “familia” (nuclear, monoparental, ensamblada, adoptiva, uniones convivenciales, etc.).

De las estadísticas que se han recogido en el país (Censo Nacional de Población, Hogares y Vivienda 2010), variable referida a matrimonios, convivencias y personas sin pareja de 14 años y más, se obtuvo que del total de las parejas que están conviviendo con otra (en matrimonio o no), el 61,20% son casadas y el restante 38,80% viven en pareja sin estar casadas. Este porcentaje se incrementó en comparación al censo del año 2001, que arrojaba un total de 25,4%; ya había aumentado la cifra de uniones de hecho de un 25,4% a un 38,8%. Las tasas menores de matrimonios y la mayor cantidad de uniones consensuales indican que el cambio más importante ocurrió en el matrimonio en tanto institución<sup>12</sup>.

Como se advierte, las estadísticas dan nota de las transformaciones significativas en la constitución de la familia, observándose el descenso de la tasa de nupcialidad, el aumento significativo de las uniones convivenciales y la generación de otras formas familiares que se apartan del modelo tradicional de familia.

El modelo de familia tradicional basado, sobre todo en los países con mayor influencia del Derecho canónico, en el matrimonio, la indisolubilidad, la heterosexualidad y la bilateralidad ha sufrido una progresiva e imparable erosión, hasta el punto de que en casi todos los ordenamientos jurídicos actuales ya no constituye el modelo de familia único o prevalente<sup>13</sup>.

De la observación del escenario fáctico, se desprende que estos nuevos modelos familiares, y en particular en la familia ensamblada o recompuesta, aparejan el nacimiento de nuevos vínculos afectivos.

---

<sup>12</sup> JELIN, E., «La familia en la Argentina: modernidad, crisis económica y acción política», en VALDÉS, E. T., VALDÉS, S. X. (eds.), *Familia y vida privada: ¿transformaciones, tensiones, resistencias y nuevos sentidos?*, FLACSO-Chile, Santiago de Chile, 2005, pp. 41 ss.

<sup>13</sup> BARBA, V., «Familias recompuestas y Derecho de sucesiones: Una posible propuesta de regulación», *Revista de Derecho Civil*, 2022, pp. 157-206.

En tal sentido se puntualizó que el rasgo característico de la familia recompuesta no es, como podría pensarse en un primer momento, la mera constitución de una nueva familia tras la ruptura de una anterior, sino el hecho de que haya hijos de una relación anterior que se incorporen a la nueva familia<sup>14</sup>.

Precisamente en ese contexto nace la “pluriparentalidad”, donde las funciones parentales son desempeñadas por más de dos personas, es decir, por un grupo más amplio que el de padre y madre.

## 5. Adopción por integración y pluriparentalidad

La familia ensamblada es una realidad de la cual nacen lazos genuinos de afecto entre el progenitor afín y los hijos del conviviente o cónyuge. Sin embargo, la regulación de la familia ensamblada a través del CCCN, puede resultar inadecuada para consolidar ese lazo, ya que el rol del progenitor afín nace y termina con la convivencia, sin perjuicio de la obligación alimentaria subsidiaria y limitada impuesta por el art. 676 del CCCN.

Pensamos que la consolidación de la familia ensamblada se alcanza a través de la adopción integrativa, de ahí la importancia de su regulación e interpretación.

La ley no define a la adopción por integración sino que circunscribe sus efectos en los arts. 630 y ss. del CCCN. Este tipo de adopción se configura cuando se crea un vínculo de parentesco con el hijo del cónyuge o del conviviente que no afecta el lazo jurídico del adoptado con su progenitor de origen.

Existen opiniones que entienden que en el supuesto del art. 631 inc. b, y de acuerdo con la interpretación del art. 630, la pluriparentalidad está expresamente admitida y por lo tanto estamos ante una excepción del art. 558 última parte del CC y C.<sup>15</sup> (que impone la regla de la filiación binaria).

---

<sup>14</sup> BARBA, V., *op. cit.*, p. 165.

<sup>15</sup> BASSET, U. C., «Adopción por integración», en LÓPEZ MESA, M., BARREIRA DELFINO, E., *Código civil y comercial de la Nación comentado*, Hammurabi, Buenos Aires, 2021, Tomo 5-B.

No coincidimos con esa interpretación. A nuestro modo de ver la correcta lectura del art. 630 es que los efectos de la sentencia no afectan el vínculo entre el adoptado y el progenitor de origen, que es el/la cónyuge o conviviente del adoptante.

En efecto, en el supuesto de la adopción del art. 631 inc b, se produce un desplazamiento del vínculo filiatorio entre el adoptado y su progenitor de origen, que no es el o la cónyuge ni conviviente del adoptado, sea que se otorgue simple o plena.

Consecuente con esta conclusión, reciente jurisprudencia ha declarado la inconstitucionalidad del art. 558 del CCCN para admitir la pluriparentalidad en los supuestos de tal adopción, destacando que el sistema argentino de control de constitucionalidad, a diferencia del sistema europeo, es jurisdiccionalmente difuso, porque todos los jueces de cualquier fuero y jurisdicción pueden llevarlo a cabo.

La situación planteada tiene diferentes aristas y soluciones dependiendo la reacción del progenitor legal no conviviente ante el pedido y su presencia en la vida del hijo<sup>16</sup>.

Ante la oposición del demandado, el conflicto se desarrolla en un proceso contencioso donde cada parte intentará descalificar al otro, ya que el sistema no permite que la puedan ostentar ambos<sup>17</sup>.

Demostrado que ambos -peticionante y progenitor legal demandado- cumplen el rol paterno, son reconocidos por el niño como tales y existe acuerdo entre todos los adultos para admitirla, no hay razón para oponerse si es en el mejor interés del hijo<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Juz. Flia. N° 7 Bariloche 06/11/2018 RDF 2019-III AR/JUR/89896/2018: otorga la adopción por integración plena, atento la desvinculación y ausencia del progenitor legal no conviviente; ídem Juzg. Civil de Pers. y Fam. N° 3, Salta; 13/11/2019; Rubinzal Online; RC J 433/20.

<sup>17</sup> CNCiv Sala B "P. S. s/adopción" 26.5.2021, inédito: revoca el fallo de primera instancia que decidió la adopción por integración plena a favor del cónyuge de la madre del niño, se entendió que el padre fue impedido de ejercer su rol paterno y mantener un vínculo afectivo con su hijo por responsabilidad materna; de admitirse lo solicitado por el peticionante, el vínculo del niño con su padre se extinguiría sin receptarse el mejor interés del niño.

<sup>18</sup> Juzg. Niñez, Adolescencia 3ra Nom., Córdoba "F. F. C. s/adopción" 18/02/2020; Juzg. de Flia 5 Córdoba "R.O.R s/ adopción" 12.8.2021, [www.microjuris.com.ar](http://www.microjuris.com.ar) MJ-JU.M 134654-AR: niña con doble vínculo filial y el padre legal se opuso al comienzo, pero luego aceptó el requerimiento de la adopción de integración plena.

Un fallo que admitió la pluriparentalidad en la adopción por integración simple y declaró la inconstitucionalidad del art. 558 CCCN, última parte, consideró entre sus fundamentos: la evolución del concepto de familia; la protección de la familia que incluye a los padres biológicos, adoptivos o de acogida; el reconocimiento de las familias ensambladas; la tutela judicial efectiva; el interés superior del niño; el principio de autonomía progresiva del niño; el reconocimiento de ser escuchado en todo procedimiento judicial que lo afecte y a que su opinión sea tenida en cuenta en función de su edad y madurez, la pluriparentalidad que pone en crisis la máxima filial binaria y su ampliación a casos en los cuales se pretende el reconocimiento de tres vínculos filiales<sup>19</sup>.

Finalmente nos preguntamos ¿se afecta el orden público al reconocer la pluriparentalidad en supuestos de adopción de integración?

Se entiende por orden público a un conjunto de principios a los cuales se vincula la subsistencia de la organización social establecida<sup>20</sup>. Implica considerar el interés general o comunitario sobre el particular y hace a los valores permanentes del Estado<sup>21</sup>.

La Corte Suprema precisó que el legislador, al disponer qué es de orden público, ha definido a la ley como contenedora de un conjunto de principios de orden superior estrechamente vinculados a la existencia y conservación de la organización social establecida y limitadora de la autonomía de la voluntad<sup>22</sup>.

Razonamos que el reconocimiento de la pluriparentalidad no afecta el orden público dado que es generadora del estado de familia. Su declaración no trae ningún perjuicio al resto de la comunidad, ni se vulnera ningún interés social. El asiento en la partida de nacimiento resulta la revelación pública de un hecho jurídico, este niño tiene más de un padre porque su realidad histórica así lo dispuso.

Estamos enfrentados a una realidad innegable; asistimos a la transformación de componentes culturales esenciales de la sociedad

---

<sup>19</sup> Juzg. Nac. Civ. 76 "G.M.F.N. s/Adopción", 1/3/2022, conf. Cam. Nac. Civil, Sala J, agosto 2022, inéditos.

<sup>20</sup> Llabrás J., Tratado derecho civil, T I 145 Lexis Nexis, 2007.

<sup>21</sup> Cám. Nac. Com., sala A, 17/05/2000, LL 2001-A-642.

<sup>22</sup> CSJN 316:2117.

argentina, en muchos casos arrastrados por las variaciones que experimenta el mundo. Ante esa circunstancia, que opera como un dato en el análisis, corresponde examinar, en la perspectiva del subsistema de derecho privado, qué postulados del orden público deben protegerse. Es de toda verdad que existe una mutabilidad histórica a la que no es razonable resistirse. Del mismo lado, y con igual grado de evidencia, concurren elementos culturales inalterables que definen a una sociedad y la identifican, al punto que su modificación nos presenta un cuerpo social diferente<sup>23</sup>.

## 6. Conclusión

Si bien la socioafectividad no constituye una fuente de la filiación, es relevante en algunos supuestos en los que existen figuras similares a las paternas/maternas que cumplen idénticos roles, cuestión que adquiere una especial atención durante la minoría de edad.

Consideramos que es admisible su reconocimiento legal cuando está en juego el mejor interés del niño, lo que se compatibiliza decretando la adopción integrativa respecto de aquella persona cuyo vínculo se sostiene por haber acreditado una posesión de estado socioafectiva, marco normativo sobre el cual deben fundarse las sentencias que reconocen la pluriparentalidad.

Esto, sin perjuicio de que es deseable legislar sobre los distintos aspectos de la pluriparentalidad, siempre teniendo como norte el interés del niño y contando con la opinión de los adultos respecto del ejercicio del cuidado personal y de la responsabilidad parental en los diferentes roles familiares.

---

<sup>23</sup> CONTE-GRAND, J., «La mutación del orden público y su incidencia en el sistema de derecho privado: reflexiones en los umbrales del bicentenario patrio», *Prudentia Iuris*, 2009, pp. 66-67.

## Bibliografía

ALTERINI, A. A., LÓPEZ CABANA, R. M., *Reforma al Código Civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.

BARBA, V., «Familias recompuestas y Derecho de sucesiones: Una posible propuesta de regulación», *Revista de Derecho Civil*, 2022, pp. 157-206.

BASSET, U. C., «Adopción por integración», en LÓPEZ MESA, M., BARREIRA DELFINO, E., *Código civil y comercial de la Nación comentado*, Hammurabi, Buenos Aires, 2021, Tomo 5-B.

BIDART CAMPOS, G. J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, t. II-B, p.552.

BOSSERT, G., A., ZANNONI, E. A., *Régimen legal de filiación y patria potestad. Ley 23.264*, Astrea, Buenos Aires, 1986.

CALLEGARI, M., «Régimen jurídico de niños, niñas y adolescentes en riesgo», en CÓRDOBA, M., *Tratado de la Familia*, Thompson Reuters, Buenos Aires, 2020, pp. 451 ss.

CONTE-GRAND, J., «La mutación del orden público y su incidencia en el sistema de derecho privado : reflexiones en los umbrales del bicentenario patrio», *Prudentia Iuris*, 2009, pp. 66-67.

CÓRDOBA, M., *Tratado de la Familia*, Thompson Reuters, Buenos Aires, 2020.

DUTTO, R., *Socioafectividad y derechos*, Astrea, Buenos Aires, 2022.

GROSMAN, C. P. (dir.), VIDETTA, C. A. (coord.), *Los derechos personalísimos de niños niñas y adolescentes*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, p. 43.

JELIN, E., «La familia en la Argentina: modernidad, crisis económica y acción política», en VALDÉS, E. T., VALDÉS, S. X. (eds.), *Familia y vida privada: ¿transformaciones, tensiones, resistencias y nuevos sentidos?*, FLACSO-Chile, Santiago de Chile, 2005, pp. 41 ss.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. R., «Las nuevas realidades familiares en el CCC Argentino de 2014», *La Ley*, 2014.

LAJE, A., *Racionalidad, dignidad, solidaridad*, Editorial Lajoune, Buenos Aires, 2022.

LLAMBÍAS, J., *Tratado de derecho civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007.

MEDINA, G., «Socioafectividad y derecho de familia», in Id (coord.), *Derecho de Familia*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2020, pp. 85 ss.



MEDINA, G., *La adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación*, en [https://ccyncn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/085\\_MEDINA\\_Graciel\\_a\\_LA\\_ADOPCION.pdf](https://ccyncn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/085_MEDINA_Graciel_a_LA_ADOPCION.pdf)

PEREZ GALLARDO, L., «Las nuevas construcciones familiares en la sucesión “ab intestato. En pos de superar trazos hematológicos», en ID, *Hacia un nuevo derecho de sucesiones*, Ibañez, Bogotá, 2019, pp. 327 ss.

SEREJO, L., «O parentesco socioafetivo como causa de inelegibilidad», en *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Familia*, IOB Thomson, Sao Paulo, 2005, pp. 547 ss.

SPOTA, A., *Tratado de derecho civil, II, Derecho de familia*, Depalma, Buenos Aires, 1990.

VITTOLA, L. R., «La noción de socioafectividad en el CCCN», *Diario DPI Suplemento Civil, Bioética, y Derechos Humanos*, 2018.

## Jurisprudencia citada

Juzg. Flia. N° 7 Bariloche 06/11/2018 RDF 2019-III AR/JUR/89896/2018

Juzg. Civil de Pers. y Fam. N° 3, Salta; 13/11/2019; Rubinzal Online; RC J 433/20.

CNCiv Sala B “P. S. s/adopción” 26.5.2021, inédito.

Juzg. Niñez, Adolescencia 3ra Nom., Córdoba “F. F. C. s/adopción” 18/02/2020.

Juzg. de Flia 5 Córdoba “R.O.R s/ adopción” 12.8.2021, [www.microjuris.com.ar](http://www.microjuris.com.ar) MJ-JU.M 134654-AR.

Juzg. Civ. 76 “G.M.F.N. s/Adopción”, 1/3/2022, conf. Cam. Nac. Civil, Sala J, agosto 2022, inéditos.

Cám. Nac. Com., sala A, 17/05/2000, LL 2001-A-642.

CSJN 316-2117.

CSJN Fallos 328:2870 y 331:942.

CIDH, 30-8-2012, Furlan vs Argentina.



# La multiparentalidad en el Derecho familiar cubano: una opción posible

*Leonardo B. Pérez Gallardo*

**RESUMEN:** El nuevo Código de las familias de Cuba extiende su manto protector a las familias multiparentales. El legislador ha reconocido tanto aquella que tiene como fuente los pactos o acuerdos de multiparentalidad, tras la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, como la devenida del previo reconocimiento en vía judicial de un nuevo emplazamiento filiatorio, esencialmente socioafectivo. Se rompe así con el binarismo filial y se admite la coexistencia tanto de la sangre como del afecto en las relaciones filiales.

**ABSTRACT:** Il nuovo Codice delle famiglie di Cuba estende il suo mantello protettivo alle famiglie multiparentali. Il legislatore ha riconosciuto sia ciò che ha come fonte i patti o patti plurigenitoriali, dopo l'applicazione di tecniche di riproduzione umana assistita, sia l'evoluzione del riconoscimento preventivo in giudizio di una nuova sede di filiazione, essenzialmente socio-affettiva. Ciò rompe con il binarismo filiale ed è ammessa la coesistenza sia del sangue che dell'affetto nelle relazioni filiale.

**SUMARIO:** 1. Ni crisis, ni destrucción: el binarismo filiatorio puede ser compatible con otras opciones. - 2. La multiparentalidad en el Código de las familias: una excepción a la regla. - 2.1. La determinación del orden de los apellidos en supuestos de multiparentalidad: el interés superior del niño, la niña o el adolescente como brújula norteadora. - 3. Las modalidades de multiparentalidad recepcionadas por el Código. - 3.1. Multiparentalidad primigenia. - 3.1.1. En supuestos de filiación asistida. - 3.1.2. En cualquier otro supuesto que prevea un acuerdo sobre multiparentalidad. - 3.2. Multiparentalidad sobrevenida. - 3.2.1. En los casos de filiación

socioafectiva. - 3.2.1.1. La socioafectividad como nueva fuente filiatoria y con ello como nuevo tipo de parentesco. - 3.2.1.2. Sujetos legitimados para interesar su reconocimiento. - 3.2.2. En supuestos de adopción por integración. - 4. A modo de epítome.

## 1. Ni crisis, ni destrucción: el binarismo filiatorio puede ser compatible con otras opciones

“Además de tu mamá, tenés dos papás. ¿Cómo puede ser posible esto? También por amor. Los dos te aman por igual y son tus papás. Uno de ellos es tu papá genético, biológico. El otro papá es el que se ocupó de vos durante tus primeros años de vida en forma exclusiva, él te reconoció como hijo, te tuvo con vos y te ama, por eso es tu papá socioafectivo.

“A veces hay que decidir entre el papá biológico o el papá socioafectivo. En este caso, nada tuve que decidir, porque ellos estaban seguros de la importancia que el otro tenía en tu vida.

“Por eso, lo único que hice, P., fue reconocer el derecho que tenés a tener dos papás que te críen, te cuiden. Porque, en definitiva, lo único que interesa: es multiplicar amor”.<sup>1</sup>

Con dos términos más que elocuentes: “multiplicar amor”, la jueza de San Ramón de la Nueva Orán, en la provincia de Salta, República Argentina, resume lo que supone el reconocimiento de la multiparentalidad para el niño, en el caso que ella juzgó. En su Sentencia de 10 de agosto de 2021, Ana María Carriquiry resuelve el *petitum* contenido en la demanda que en su momento interpusiera el padre biológico de P., sobre impugnación de filiación, radicada al no. 16725/20. En su fallo, uno de los pioneros sobre el tema en la jurisprudencia argentina, la jueza actuante deja claro que “(e)l quiebre del binarismo filial, obliga a repensar los vínculos filiales desde la autonomía

---

<sup>1</sup> Se trata de la Sentencia de lectura fácil, a modo de epístola, cuyo principal destinatario es el niño P., Caso P. c/ D., sobre impugnación de filiación, disponible en: <https://www.saij.gob.ar> [consultado el 10 de julio de 2022].

*de la voluntad (en el caso de las TRHA) y la socioafectividad, más que en el orden público*”, de modo que las fuentes hoy de la filiación no pueden conducirse exclusivamente a la biología y al acto jurídico de la adopción. Se acude a un pluralismo de fuentes filiales, donde la voluntad de las personas, externalizada a fin de construir paternidades y maternidades (propio de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida), se erige junto con el afecto y la posesión de estado de hijo o del padre o la madre<sup>2</sup> (supuestos de socioafectividad), en fuentes también que llevan al éxito de emplazamientos filiatorios, sin que en algunos casos sea necesario proceder al desplazamiento de los vínculos filiales ya determinados. La filiación rompe el mito del binarismo en respeto al proyecto de vida de una persona, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a formar una familia, cualquiera que sea la forma de organización que adopte, siempre que esta suponga convivencia afectiva, amor, responsabilidad y transmisión de valores que edifican y construyen la personalidad de infantes y adolescentes. “Multiplicar amor” es la razón que motiva a la jueza actuante a derribar el muro que supone el art. 558 del Código civil y comercial de Argentina que enarbola como límite –aparentemente imposible de superar– el binarismo filial, declarado inaplicable en el fallo, reinterpretado dicho precepto a tenor de las convenciones internacionales de derechos humanos y los valores y principios de la Constitución, conforme con el propio dictado de los arts. 1 y 2 del Código civil y comercial.

“Sortear el principio binario en la determinación filial –cualquiera sea su fuente– cada vez es un debate que tiene mayor presencia en la

---

<sup>2</sup> Sin dudas, como exponen GONÇALVES COELHO, A. y PINHEIRO MASQUES, V. «Multiparentalidade e paternidade socioafetiva: breve apontamentos à luz da doutrina civilista e da jurisprudência brasileira», *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*, Goiânia, 2018, pp. 120-121, disponible en [https://issuu.com/esmpgo/docs/6artigoalexsgoncalves\\_layout\\_1](https://issuu.com/esmpgo/docs/6artigoalexsgoncalves_layout_1) [consultada el 10 de julio de 2022], constituye “un relevante instrumento para la comprobación, sobre el aspecto fáctico, de la paternidad socioafectiva, una vez que, comprobada la existencia de fuertes lazos de afectividad, se evidencia la relación entre personas que, a pesar de no tener ‘lazos de sangre’, se tratan como si fuesen padres e hijos biológicos”, de modo que se erige en “uno de los datos generadores de la parentalidad socioafectiva” (p. 123).

sociedad actual”.<sup>3</sup> Sin dudas, el Derecho filial –tradicionalmente enraizado en los vínculos biológicos– debe superar los rígidos moldes en los que la sociedad le ha encapsulado, de modo que “(e)l paradigma biológico de la filiación deberá ser de-construido para reconstruirlo en un sistema filial donde el componente afectivo tenga un lugar”.<sup>4</sup> El ADN ha sido la piedra angular para la determinación de la filiación. El desarrollo de las ciencias médicas y de la genética propició, junto con el avance tecnológico, una mayor fiabilidad para la determinación de paternidades biológicas. El dato obtenido se convirtió entonces en la mejor carta de triunfo para el éxito de impugnaciones filiatorias, desplazándose en algunos casos filiaciones construidas sobre la base de un vínculo socioafectivo sólido pero incompatible con la parentalidad biológica, triunfante por la fuerza del ADN, que como torbellino desplaza cualquier sesgo de parentalidad socioafectiva.<sup>5</sup> El

---

<sup>3</sup> Así, HERRERA, M., «Socioafectividad, infancias y adolescencias ¿De lo clásico a lo extravagante?», en Silvia Eugenia Fernández (dir.), *Tratado de Derecho de Niñas, Niños y Adolescentes*, 1, Thomson Reuters, Buenos Aires, 2021, p. 1011.

<sup>4</sup> AGUIRRE MESA, V., «La socioafectividad como principio rupturista del paradigma biológico-binario de la filiación natural», *Pluriverso*, 2021, p. 124.

<sup>5</sup> Sin dudas, «(e)l criterio biológico con el advenimiento del examen de ADN se tornó de fácil exploración, sobre todo consideradas las innovaciones tecnológicas que confieren un grado de precisión a los resultados de test realizados en laboratorios». Vid. VIEIRA SARAIVA DE MEDEIROS, A. y Caroline ANDRIGUETTO SANTOS, A. “Multiparentalidad: considerações à luz da repercussão geral No. 622 do SFT e dos provimentos No. 63/17 e No. 83/19 do Conselho Nacional de Justiça”, *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Paraná*, p. 297, disponible en <https://crianca.mppr.br> [consultada el 03 de julio de 2022].

Como apunta AGUIRRE MESA, V., op. cit., p. 128, “(l)a ciencia y la tecnología desarrollaron métodos para conocer con precisión casi absoluta la realidad biológica. De esta manera, la filiación natural adoptó como único, el criterio biológico. Se es padre, madre o hijo (*sic*) si la sangre lo dice. Bajo esta premisa, puramente objetiva, el paradigma biológico de la filiación se impuso sobre la voluntad y se impuso sobre el afecto, los mismos que pasaron a ser irrelevantes e invisibles al momento de declarar o revocar un vínculo filial”.

“Con el afecto y la voluntad por fuera de la ecuación, el reconocimiento jurídico del vínculo filial se limitó a establecer la coincidencia genética de las partes, sin que importara ningún sentimiento. Fue así como se entendió que, en la filiación, el componente afectivo y el volitivo no tenían cabida. Se le atribuyó al orden público, la rigurosa premisa de igualar la ‘verdad biológica’ a la filiación natural”.

Derecho filiatorio ha erigido entonces el pedestal en el que se rinde culto divino al número “2”. Las familias monoparentales se han considerado familias incompletas por carecer de uno de los miembros “necesarios” para el “normal” desarrollo de la infancia y de la adolescencia. La monoparentalidad originaria, o sustentada en la libre decisión de una persona de tener un hijo, expresión del derecho a constituir una familia, cualquiera sea la manera en que se construya esta, siempre que respete la dignidad y los valores humanos, aún hoy no es vista con los “buenos” ojos de la razón, la prudencia, la sensatez y la moral social. Ni qué decir la posibilidad de yuxtaponer una nueva parentalidad a las ya existentes, si la monoparentalidad ha sido estigmatizada, la pluriparentalidad emergente, reconocida hoy desde las ciencias sociales -y no solo las jurídicas- como expresión de la pluralidad familiar, para muchos es sacrílega.

Sin embargo, la sociedad evoluciona, el Derecho de las familias que hoy irrumpe debe ser reflejo de las dinámicas sociofamiliares, al socaire de los nuevos tiempos se impone proyectar en las normas jurídicas el estatuto de las nuevas constelaciones familiares, propio de un Estado democrático que respete las libertades de las personas y tenga siempre como brújula el respeto al principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes.<sup>6</sup> Al estudiar las familias multiparentales, la profesora Eleonora LAMM defiende la tesis de que este sector del ordenamiento jurídico debe evolucionar como lo hace la sociedad, siguiéndole sus pasos; de ahí que “(c)abe entonces cuestionarse la necesidad de receptar legalmente también a estas familias, que, como las demás, gozan o deben gozar de protección

---

<sup>6</sup> Como expresa CHAVES, M., «Famílias mosaico, socioafetividade e multiparentalidade: breve ensaio sobre as relações parentais na pós-modernidade, en *Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família, Famílias: Pluralidade e felicidade*, 2015, p. 145, disponible en <https://ibd-fam.org.br/publicacoes/anais/detalhes/985/IX%20Congresso%20Brasileiro%20de%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia> [consultada el 11 de julio de 2022], las funciones tradiciones de la familia pierden su fuerza, su esencia se modifica, de manera que se abren espacio a nuevas funciones. “Emerge entonces, la percepción eudemonista de la familia: no son las personas las que existen para el matrimonio y la familia, sino la familia y el matrimonio existen para el desarrollo de la personalidad de los miembros del grupo y su felicidad”.

legal”.<sup>7</sup> Ciertamente –como expresa también desde la doctrina argentina VÍTTOLA–, “los operadores del derecho, despojados de todo prejuicio y soluciones abstractas tomadas de casos de laboratorio, debemos buscar aquella solución que mejor satisfaga los intereses en juego y respete los derechos humanos fundamentales; es decir, aquella solución que devenga mejor para las personas involucradas”.<sup>8</sup> La multiparentalidad, impulsada por la doctrina y jurisprudencia brasileras, ha supuesto un cambio significativo en la estructura mental de la sociedad, al admitir la coexistencia, sin preferencia alguna, de paternidades y maternidades biológicas y afectivas. No se trata de dar prevalencia a la sangre frente al afecto o viceversa. La multiparentalidad permite emplazamientos que convergen sobre una misma persona, ya preexista el biológico al afectivo o viceversa. Se trata de llevar al plano del Derecho lo que acontece en el pulso de la vida en sociedad. “La multiparentalidad efectiviza el principio de dignidad de la persona humana y de la afectividad, reconociendo en el campo jurídico la filiación – amor, afecto y atención que ya existe en el campo fáctico”.<sup>9</sup> La existencia de padres o madres de crianza, de personas que construyen la paternidad o la maternidad a ritmo de

---

<sup>7</sup> LAMM, E., «Familias multiparentales. Su ‘blanqueo’ legal como solución que mejor satisface los intereses en juego», *Diario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos*, 2016, disponible en <https://www.google.com/search?q=LAMM%2C+Eleonora%2C+%E2%80%9CFamilias+multiparentales.+Su+%E2%80%98blanqueo%2%80%99+legal+&sxsrf=ALiCzsaPcTtitnFOTmR8Rjhl60ywcOWMpA%3A1657509523542&ei=k5bLYpjjIPGHwbkPvZ-OgAw> [consultada el 02 de julio de 2022].

<sup>8</sup> VÍTTOLA, L. R., «La noción de la socioafectividad en el Código civil y comercial de la nación», *Diario DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos*, 2018, disponible en <https://www.google.com/search?q=V%C3%8DTOLA%2C+Leonardo+R.%2C+%E2%80%99CLA+noci%C3%B3n+de+la+socioafectividad+en+el+C%C3%B3digo+&sxsrf=ALiCzsauoIIBxdynoxHR4U3HzVc1aaZpw%3A1657509640985&ei=CjflYpzkO8uwkvQPzviR8Ao> [consultada el 02 de julio de 2022].

<sup>9</sup> *Vid.* SILVEIRA IBIAS, D., «A multiparentalidade e a coexistência dos vínculos socioafetivo e biológico na visão contemporânea do Direito», disponible en <https://www.google.com/search?q=SILVEIRA+IBIAS%2C+Delma%2C+%E2%80%99CA+multiparentalidade+&sxsrf=ALiCzsZDhlwMteWPGfA6YbbkGDf-ITW49g%3A1657509863561&ei=55fLYrL2IdqawbkP1-O58Ag> [consultada el 09 de julio de 2022].



conductas, comportamientos afectivos, compromiso familiar, responsabilidad y reconocimiento social o en su variante primigenia de acuerdos de parentalidad motivados por una voluntad procreacional convergente y múltiple en razón de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida e impulsado por parejas de personas del mismo género que pactan con terceros, de género distinto, la aportación del material genético, sin asumir ninguno el anonimato y sí, por el contrario, el compromiso de la paternidad o la maternidad, ha supuesto en el orden jurídico la crisis del binarismo filial, de manera que la multiparentalidad asoma su rostro de modo rupturista, poniendo fin al culto de una filiación necesariamente biparental. Así, la multiparentalidad devenida de una filiación socioafectiva sobrevenida “permitirá promover concepciones no biologicistas de paternidad y familia, creando un espacio más amplio y diverso, al desmembrarlo de concepciones genéticas y biológicas estrechas”;<sup>10</sup> con ello, “(e)l cuestionamiento de la máxima binaria respecto al numerus clausus de vínculos filiales que una persona puede tener se inscribe en un contexto amplificador y pluralista”,<sup>11</sup> que en el caso cubano es concomitante con el art. 81 de la Constitución al reconocer el principio de pluralidad familiar, que obliga al legislador infraconstitucional a prever en la norma de desarrollo el estatuto jurídico de los distintos modelos familiares, entre ellos el de la familia multiparental.

## 2. La multiparentalidad en el Código de las familias: una excepción a la regla

El Código de las familias se convierte en el primer cuerpo normativo en Latinoamérica que reconoce explícitamente la multiparentalidad, dándole luz verde en su articulado.<sup>12</sup> Consecuente

---

<sup>10</sup> LAMM, E., op. cit.

<sup>11</sup> BLADILO, A., «Familias pluriparentales en la Argentina: donde tres (¿o más?) no son multitud», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2018 p. 140.

<sup>12</sup> Y no podía ser de otra manera, “rechazar jurídicamente la pluripaternidad es negar visibilidad a una parte de los ciudadanos, lo cual pone en tela de juicio las bases mismas de un Estado democrático de derecho”. Vid. Sentencia del Juzgado Nacional civil no. 7,

con el art. 81 de la Constitución de la República y con los arts. 40, que reconoce la dignidad como valor supremo que sustenta el ejercicio de los derechos constitucionales, convencionales y legales, y 47, que protege el libre desarrollo de la personalidad, se admite la posibilidad –si bien excepcional– de que se reconozcan nuevos emplazamientos filiatorios, aun cuando tales emplazamientos se realicen respecto de una persona, sea o no menor de edad, que ya tiene determinada la biparentalidad.

La propuesta normativa, no obstante, es prudente. El art. 56 y el apartado segundo del art. 55 dejan clara la excepcionalidad de la regla contenida en el apartado primero de este último artículo. La regla seguirá siendo la binaridad filial. Los supuestos de multiparentalidad constituyen excepción, sí, pero recepcionados explícitamente por la norma recién aprobada. Es lógico que así sea, no se puede perder el sentido de la proporción. De la misma manera que también lo es la monoparentalidad. Las estadísticas demuestran que la mayoría de las personas en Cuba tienen un doble emplazamiento filiatorio, el materno y el paterno. No es que se pretenda girar la balanza de manera tan brusca que la binaridad deje de ser regla, sino de que junto con esa regla, tengan cabida otros modelos familiares que la han desplazado, aunque sean minoría.

No se trata tampoco de un capricho del legislador, el carácter excepcional de su reconocimiento obedece a que desde el dato social así se vislumbra. La mayoría de las personas no tienen, además de sus padres y madres biológicos, a padres y madres socioafectivos, pero aquellos que los tengan y además haya interés en su reconocimiento y dispongan de los medios probatorios a tal fin, el Derecho les da cobertura y extiende hacia tales familias su manto protector. Pero también la excepcionalidad de la regla es una señal que da el legislador a los jueces, que son en definitiva a quienes se les atribuye competencia para conocer de las demandas interpuestas, de ser celosos guardianes del principio de legalidad y que el reconocimiento de la socioafectividad filial no sea la vía idónea para lograr fines distorsionados de los que realmente las normas jurídicas buscan.

---

Buenos Aires, de 22 de junio de 2022 (jueza: Myriam M. Cataldi), disponible en <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/103/569/000103569.pdf> [consultado el 15 de julio de 2022].

A diferencia de Brasil, donde se admite la posibilidad de dar cobertura legal al reconocimiento de la filiación socioafectiva en vía registral cuando el reconocido es una persona mayor de 12 años,<sup>13</sup> en

---

<sup>13</sup> Es interesante acotar lo que ha ocurrido en el Derecho brasileiro en este orden, por ser precisamente la cuna de la socioafectividad filial, y el avance que ha acontecido en el país suramericano, aunque no haya una regulación legal *ad hoc* de la figura. Según sostiene la doctrina, la reglamentación extrajudicial de esta temática se inició antes de la Sentencia de 2016 del Supremo Tribunal Federal de Brasil (Repercussão Geral No. 622 [de 2016], fruto del fallo RE 898.090/SC), toda vez que la Provisión no. 9 del Tribunal de Justicia de Pernambuco, de 2013, inició la discusión respecto a la posibilidad del reconocimiento extrajudicial de la socioafectividad. Por su parte, la Provisión no. 63/17 del Consejo Nacional de Justicia previó la desjudicialización del Derecho privado, permitiendo la regulación de la socioafectividad en sede registral. Se ha dicho que esta previsión beneficiaba a las personas por diversas dificultades de orden burocrático que obstaculizaban la regularización de su estado de filiación. La Provisión no. 63/17 dispuso la comprobación de los elementos esenciales para que tenga éxito el reconocimiento de la filiación socioafectiva en vía registral. Este reconocimiento debe ser libre de vicios de la voluntad, irrevocable, generando derechos y deberes entre los padres y los hijos. El art. 14 de esta Provisión estableció el reconocimiento “de forma unilateral” por el pretense padre socioafectivo, observando el límite máximo de dos madres y de dos padres registrados en el campo de “filiación”. No obstante, la aplicación de sus disposiciones no estuvo libre de críticas, sobre todo las provenientes de los operadores del Derecho especializados en infancia y adolescencia. La principal crítica consistió en el hecho de que el reconocimiento de niños a edades tempranas por vía de la socioafectividad extrajudicial abría las puertas a una indeseada adopción a la brasileira, lo cual constituía una burla a la institución de la adopción, subvirtiendo valores, lo que hace que el Consejo Nacional de Justicia se pronuncie a través de la Provisión no. 83, de 14 de agosto de 2019, cuyo objetivo fue perfeccionar el contenido de la Provisión anteriormente referenciada, en lo que se refiere la filiación socioafectiva. El contenido de dicha nueva Provisión es más restrictivo y confiere mayor seguridad jurídica en el procedimiento habido ante los Registros civiles de las personas naturales. Entre dichas limitaciones se incluye la imposición de una restricción de edad, de modo que en vía extrajudicial solo puede conocerse un emplazamiento filiatorio socioafectivo respecto de personas mayores de 12 años. Asimismo, en su art. 10-A se aumenta el rigor necesario para la constatación de la socioafectividad, análisis que será practicado por el registrador, resaltando que la relación establecida por los solicitantes ha de estar pautada en la idea de posesión de estado de hijo, debiendo ser pública, duradera y, evidentemente, previa. Igualmente, y con mejor

la propuesta normativa cubana solo se da una cobertura, cualquiera sea la edad de la persona sobre la cual se pretende tenga éxito el nuevo emplazamiento filiatorio. Se ha considerado oportuno y prudente la apertura hacia la multiparentalidad desde el ámbito de actuación judicial por varias razones: entre ellas la naturaleza colegiada de los tribunales, su experticia profesional, la necesidad de valoración de medios probatorios, la intervención fiscal en todo caso<sup>14</sup> y la participación de equipos multidisciplinarios, integrados por psicólogos, sociólogos, asistentes sociales, que pueden ayudar a una visión multidisciplinaria del asunto en cada caso y favorecer la aplicación del principio del interés superior del niño, la niña o el adolescente, en los supuestos de que el reconocido esté comprendido en esas edades,<sup>15</sup> según el dictado del art. 86 de la Constitución y los arts. 3.1, inciso i), y 7 del Código de las familias.

---

fortuna, se prevé la intervención del Ministerio Público. Por último, si bien se mantiene posible establecer la multiparentalidad de forma extrajudicial, la nueva Provisión solamente permite la inclusión de un ascendiente por la vía socioafectiva, revocando lo dispuesto en la Provisión anterior, que establecía como límite hasta dos padres o dos madres, de manera que solo se admite la pluriparentalidad unilateral. Esto significa que el reconocimiento de un segundo ascendiente socioafectivo deberá ser hecho por la vía judicial; con ello se evita evadir las normas sobre adopción. *Vid.* VIEIRA SARAIVA DE MEDEIROS, A. y ANDRIGUETTO SANTOS, A. C., *op. cit.*, pp. 305-310.

<sup>14</sup> Sostiene MATZENBACHER TIBES MACHADO, P., «Multiparentalidade. Análise jurídica desde casos práticos», *Revista Jurídica do Mpro*, 1 2018 , pp. 132-133, que “(e)s imprescindible en tales acciones judiciales la intervención del Ministerio Público a fin de velar por la inobservancia del fundamento de la dignidad humana y tratándose de niños y adolescentes, en su mejor interés”.

<sup>15</sup> La propia doctrina brasilera nos advierte en tal sentido: “Se revela esencial la actuación calificada del equipo multiprofesional en el juicio, compuesto por asistentes sociales y psicólogos, como mínimo, los cuales deberán desbrozar con imparcialidad la verificación de la ocurrencia o no de la filiación socioafectiva y la influencia de los padres/madres en la formación de la personalidad de los hijos”. *Vid.* MATZENBACHER TIBES MACHADO, P., *op. cit.*, p. 133.

## 2.1. La determinación del orden de los apellidos en supuestos de multiparentalidad: el interés superior del niño, la niña o el adolescente como brújula norteadora

Si bien la norma recientemente aprobada rompe a medias<sup>16</sup> con el principio tradicional de raigambre androcéntrica de que primero se incluye el apellido paterno y luego el materno, la irrupción de la multiparentalidad puede adicionar problemas. ¿Cuál será el orden de los apellidos en su supuesto de triple filiación? Teniendo en cuenta que el nuevo emplazamiento filiatorio, en principio supondrá adicionar un apellido a los ya existentes o, caso de acuerdo de parentalidad que supere el límite tradicional de dos, igualmente impondría una pluralidad de apellidos, el legislador ofrece en el apartado tercero del art. 56 una regla flexible si se trata de una persona menor de edad, pues en estos casos la cuestión resulta mucho más sensible.

Si bien no se pormenorizan los supuestos, cabe que el nuevo emplazamiento sea biológico y no socioafectivo –tal y como se expondrá a continuación– o viceversa, de tratarse de un supuesto de multiparentalidad sobreviniente. Compete pues al tribunal la determinación de si conviene o no adicionar el nuevo apellido, y determinar el orden de este. En todo caso, la brújula orientadora será el interés superior, o sea, lo que según un criterio de marcada naturaleza objetiva, resulta lo más beneficioso para esa persona menor de edad en concreto, de acuerdo con las circunstancias del caso, y siempre además que la adición del nuevo apellido no lleve aneja una afectación a la identidad de la persona.<sup>17</sup> Valga aclarar que se habla de

---

<sup>16</sup> Dado que al remitir al orden establecido en la legislación registral, mientras esta no sea modificada, lo dispuesto en el art. 45 de la Ley del Registro del Estado Civil es que el primer apellido es el paterno y el segundo, el materno, de modo que cabe que la pareja pacte el orden de los apellidos de sus hijos, pero siempre que el hombre esté de acuerdo. Si no lo está, es de aplicación el art. 45 de la citada Ley y nada podrá reclamar la mujer. Si bien ambos tienen que estar de acuerdo, la voluntad del hombre a tal fin es esencial. Y ni qué decir si se trata de parejas homoafectivas, para las que el art. 45 no resultaría de aplicación.

<sup>17</sup> A modo de ejemplo, el caso fallado en la jurisprudencia argentina, *L. F. F. vs. S. C. O.* sobre filiación, Juzgado Civil en Familia y Sucesiones, Monteros, Tucumán; 07/02/2020 (jueza: Mariana Rey Galindo); Rubinzal Online; 659/2017 RC J 436/20. Ante la demanda del progenitor biológico de la niña de nueve años, con el propósito

perjuicio o afectación, no de mutación, porque cambio siempre habrá cuando como resultado de un nuevo emplazamiento filial se adiciona un apellido, aun en el supuesto de una persona que provenga de una familia monoparental. Ahora bien, el éxito del emplazamiento filiatorio no debe suponer necesariamente una adición en los apellidos del reconocido, máxime cuando se trata de una persona menor de edad. De igual manera, para la determinación del orden de los apellidos, como por supuesto para su adición, será necesario, siempre que las condiciones lo propicien, la escucha del niño, la niña o el adolescente, pues su parecer es muy importante cuando se trata de un emplazamiento filiatorio con las consecuencias jurídicas y psicológicas que ello tiene; escucha para la cual importa la evolución de sus facultades intelectuales, de conformidad con su autonomía progresiva. Es importante precisar que no necesariamente el éxito en un reconocimiento filiatorio tiene que repercutir en el *nomen* del

---

de lograr el reconocimiento como padre y, por ende, la impugnación de la filiación paterna de quien figura como padre de la menor en su acta de nacimiento, se resuelve aceptar el derecho de la niña a no elegir entre sus papás y, por lo tanto, garantizar el derecho a crecer en la familia conformada por sus dos padres: actor y demandado. En consecuencia, se ordena al Registro Civil y de Capacidad de las Personas inscribir en el acta de nacimiento de la niña al actor como su padre, sin que se desplace la inscripción del demandado como padre ni la de la madre de la menor, sin utilizar la marginal del acta en cuestión, debiendo mantener el número de DNI, y consignando la triple filiación asignada. No obstante, el tribunal dispone que no se modifique el nombre y el apellido con el cual fue inscripta la niña. Para ello tuvo en cuenta que la niña *“se autopercibe con el apellido S., y el hecho que mediante esta sentencia pueda existir un cambio en su filiación (a partir de ahora es la pluriparentalidad o diversaparentalidad), ello no implica que necesariamente deba modificarse el nombre de la niña, ya sea por agregación de otro apellido o alternación de órdenes”*.

En tal sentido deja también explícito la jueza que *“(l)a pretensión de J. en mantener su nombre tal cual es (prenombre y apellido), debo respetarla y avalarla porque de esa forma se permite decir quién es, identificándose de esa forma de designación ante ella misma, frente al Estado y a los demás individuos con quienes interactúa en sociedad”*.

*“La composición del nombre de la niña en la que se mantenga el apellido S. y no se agregue el apellido L., es otra vertiente de la identidad dinámica”*.

*“Mantener el apellido S. sin agregar un segundo apellido es reconocer otro derecho personalísimo de la niña: derecho al nombre, cuya contracara es la obligación del Estado no solo de protegerlo sino de brindar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona tal cual se percibe (dignidad humana)”*.

reconocido. El que no conste el apellido del reconociente, porque así lo haya dispuesto el tribunal al ser lo más conveniente en un caso concreto, no le priva de efectos jurídicos a la filiación ni le impide tampoco acudir a la sucesión de aquel. Respecto del orden de los apellidos, en todo caso es esencial escuchar a la persona menor de edad, lo que no compele al tribunal a tomar una decisión necesariamente conforme a lo que ha dicho aquel. La estrella polar en este sendero sigue y seguirá siendo el principio del interés superior, aun cuando el criterio del pretense reconocido pueda tener cierto peso.

Diferente sería la opción en un supuesto de multiparentalidad primigenia. En este es difícil, para fijar el orden de los apellidos, tener en cuenta el interés superior de la persona menor de edad, teniendo un gran peso el acuerdo o plan de parentalidad de los reconocientes, sin que el dato biológico sea motivo de preferencia, ni mucho menos el género. Tómese en consideración que en esta vertiente de la multiparentalidad no hay presencia judicial, pues la inscripción se practica ante el registrador del estado civil como en los supuestos clásicos de biparentalidad. Eso sí, se impone un acuerdo de padres y madres involucrados en este arreglo familiar, porque aquí no funcionaría lo previsto en la regla contenida en el apartado tercero del art. 51 del Código, dado que la hoy vigente legislación registral no prevé la multiparentalidad, de manera que la regla reconocida en el art. 45 de la Ley del Registro del Estado Civil resulta inaplicable porque supera el límite permitido de dos vínculos parentales. De no existir un acuerdo, no creo conveniente acudir a la vía judicial, pues nada podrían hacer los jueces, dado que no hay un criterio científico que justifique el orden de los apellidos respecto de una persona que acaba de nacer, que ni tan siquiera ha forjado una identidad dinámica; ni el principio del interés superior sería una vara mágica para justificar una solución realmente justa. Por ese motivo, no veo otra razón que acudir al azar para que sea este el que determine el orden de los apellidos en el supuesto de que no exista un acuerdo entre los padres y madres protagonistas del plan de parentalidad. Ni el orden alfabético de los apellidos ni el género de los involucrados, ni el dato biológico de aquellos, son motivos suficientes para ofrecer prelación a uno en detrimento de los otros. Solo el azar aplacaría de una vez y por todas, los egos que la lucha por la prelación de los apellidos supondría.

Sin dudas se trata de una novedad, pues en el Derecho cubano, tradicionalmente todo emplazamiento filiatorio ha supuesto una expresión en la identidad de la persona reconocida, concretamente a través de sus apellidos. Pero la multiparentalidad –como dice VÍTTOLA– es un “concepto (que) de modo disruptivo viene a mover el piso de la tradicional forma de pensar y hacer derecho”.<sup>18</sup> Nada priva pues que tras la aprobación del nuevo Código de las familias sean los tribunales los que determinen en cada caso qué resulta mejor para el infante o el adolescente, si llevar también el apellido del padre o el de la madre socioafectivo, o limitarse al reconocimiento filiatorio con el que se consolida un estado filiatorio ya existente y respecto del cual ni en la familia ni en la comunidad se dubita, sin que la adición del apellido sea lo esencial en esta nueva avanzada del Derecho filiatorio.

### **3. Las modalidades de multiparentalidad recepcionadas por el Código**

El Código de las familias ha sido prolífero en la regulación de la multiparentalidad acogiendo de este modo sus dos manifestaciones: la primigenia u originaria (art. 57), que nace de la voluntad procreacional expresada en un acuerdo o plan de parentalidad en el que el dador del material genético o quien aporta el vientre no es anónimo. No se trata de un hombre dador anónimo que brinda su material genético para que una mujer se pueda hacer inseminar, sea una mujer sola, una pareja hétero u homoafectiva, ni de una gestante que por solidaridad o altruismo aporta su vientre para que una pareja de hombres pueda tener descendencia (art. 130 del Código). Aquí, el tercero o tercera quiere formar parte del plan de parentalidad, quiere asumir y construir –conjuntamente con la pareja–, una maternidad o una paternidad, aun cuando entre ellos no tiene por qué existir ningún vínculo erótico. Como expresa GALPERÍN, “argüir que el reconocimiento de la multiparentalidad tiene como efecto alentar las relaciones poligámicas no tiene base y resulta del todo ignorante de la naturaleza de la pluriparentalidad [...]. Dichas estructuras, de diversa naturaleza, generalmente ni siquiera están compuestas por individuos

---

<sup>18</sup> VÍTTOLA, L. R., *op. cit.*



inmersos en una relación romántica”.<sup>19</sup> Se trata de un supuesto en que el infante es reconocido desde el nacimiento por más de dos personas, sin que la norma establezca límite alguno. Serán los padres o las madres los que asuman tal paternidad o maternidad en época presente y con vocación de futuridad y por supuesto permanentemente.

Por otra parte, también se prevén causas sobrevinientes (art. 58), que a diferencia de las originarias, pueden estar motivadas por nuevos emplazamientos filiatorios, tanto socioafectivos como biológicos y siempre que la persona respecto de la cual deriva el nuevo emplazamiento filiatorio ya tenga determinada la biparentalidad, pues si se trata de una persona en relación con la cual solo se ha determinado la filiación materna o paterna, el advenimiento de ese nuevo emplazamiento filiatorio derivaría en la constitución de una biparentalidad sobreviniente, a partir de un caso de monoparentalidad. De ahí que el reconocimiento en sede judicial de la socioafectividad puede desembocar en supuestos de multiparentalidad.

A modo de resumen, cabe argüir que en la norma familiar se distingue nítidamente entre multiparentalidad primigenia u originaria (art. 57) y sobreviniente (art. 58). En la primera, la fuente es la voluntad procreacional de las personas involucradas en el proyecto de parentalidad, a través de la reproducción humana asistida, médicamente o no. En la segunda, la fuente lo será generalmente la socioafectividad, pero también puede darse por la procreación natural, cuando el emplazamiento biológico sea sobreviniente, al subsistir uno sustentado en un reconocimiento de complacencia devenido filiación socioafectiva, al consolidarse los vínculos filiatorios por el trato, el afecto, la complicidad y el cumplimiento a cabalidad de los deberes y derechos derivados de la responsabilidad parental. Mientras la multiparentalidad primigenia se reconoce en sede extrajudicial, sobre la base de la sola voluntad procreacional y el plan de parentalidad, con la consiguiente inscripción registral que constituirá título de legitimación del estado civil, la multiparentalidad sobreviniente es una consecuencia jurídica del reconocimiento en sede judicial de un nuevo emplazamiento filiatorio socioafectivo, ya sea materno o paterno, o de

---

<sup>19</sup> GALPERÍN, G. N., «Repensar la familia pluriparental desde el ejercicio de la magistratura», *Microjuris*, 2018, MJ-DOC-13676-AR | MJ13676.

un nuevo emplazamiento filiatorio biológico que se suma a los dos ya determinados, que se mantienen subsistentes sin motivar desplazamiento alguno.

### 3.1. Multiparentalidad primigenia

Analicemos entonces los supuestos que conducen a una multiparentalidad primigenia, sustentados en la voluntad procreacional.

#### 3.1.1. En supuestos de filiación asistida

El Código regula la incidencia que en materia filiatoria tiene la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, en tanto que la voluntad de los comitentes se erige en una nueva fuente de la filiación, pues por razón de ella se admite que sean padres o madres quienes no han aportado el dato genético, pero sí la voluntad de tener un hijo y asumir la paternidad o la maternidad (art. 50.1, inciso c). Aun el divorcio entre lo genético y lo intencional, prevalece lo último, o sea, la voluntad intencional de las personas, que hace que los comitentes entablen un vínculo filiatorio con el niño. Para el Derecho importa más la voluntad que el ADN, cuando de técnicas de reproducción humana asistida se refiere, siempre que estemos hablando de supuestos en los que el material genético lo aporta un tercero (o sea, la inseminación artificial heteróloga o la fertilización *in vitro*, también heteróloga).

¿Cuándo operaría entonces estos pactos de parentalidad que generen una filiación multiparental?

Sin ser excluyente de otros tantos, cabría mencionar los supuestos en que:

a) La filiación asistida se practica por dos mujeres que acuden a un tercero (hombre), dador de sus gametos, que quiere asumir la

paternidad junto con la doble maternidad que asumirían ellas. Se desecha el anonimato.

b) Una pareja heteroafectiva, ante la imposibilidad del hombre de fecundar, acude a un tercero (hombre), que igualmente aporta los gametos, pero desea involucrarse en esa filiación, asumiendo todos, los roles de padres y madre, respectivamente, sin anonimato del tercero.

c) Una pareja heteroafectiva ante la imposibilidad de la mujer de procrear acude a una tercera persona (mujer) para que aporte tan solo el óvulo que le permita a la primera llevar a buen fin el embarazo, sin que la dadora quede en el anonimato, sino que por acuerdo de parentalidad, también asumiría la maternidad.

d) Una pareja heteroafectiva, ante la imposibilidad de la mujer de gestar, pacta con una tercera persona para que asuma la gestación, pero esta tercera persona quiere también involucrarse en la parentalidad, asumiendo el rol de madre, desechándose también el anonimato. Puede darse el caso de que lo que inicialmente se concibió como una posible gestación solidaria pueda devenir plan de multiparentalidad.

e) Una pareja homoafectiva (integrada por dos hombres) acude a una mujer para que esta geste un hijo, cuyo material genético sería aportado por otra mujer, supuesto clásico de la gestación solidaria –tal y como la concibe el Código de las familias (art. 123, inciso f)–, pero la gestante quiere involucrarse en el proyecto familiar concebido por sus amigos, asumiendo la maternidad y aportando el óvulo, supuesto en que se dejaría a un lado la pretensa gestación solidaria para derivar en una relación familiar multiparental. Igualmente, tampoco habría anonimato.

En todos los supuestos en los que se involucre un tercero que tenga constituida una unión de hecho inscripta o formalizado un matrimonio, tal pacto de parentalidad en principio le es ajeno al cónyuge o compañero de hecho que no quiere involucrarse en la multiparentalidad respecto del hijo a concebir, por ello deberá dar la anuencia por escrito, salvo que quiera, y en tales circunstancias nada

impide que se constituya un plan de parentalidad compuesto por más de tres personas. El Código de las familias no impide tal posibilidad ni por las causas primigenias ni tampoco en caso de que se reconozca la socioafectividad. No obstante, como expresa GALPERÍN, la multiparentalidad ha sido objeto de crítica para quienes lo diferente les abruma, a partir de enarbolar modelos tradicionales que se elevan a las invariables de preconceptos elaborados y diseñados. Estas críticas se han enfilado hacia la carga o erogación que supone para la administración de justicia, el daño que su reconocimiento motiva a la institución familiar y el perjuicio que puede provocar para los infantes y adolescentes. A tenor del primer argumento, se aduce que el reconocimiento de un tercer padre o madre conduce a un mayor stress administrativo, descrito –según aduce el autor– como la mayor carga a la que se verá expuesto el sistema judicial al momento de solventar los conflictos relacionados con la custodia, comunicación y apoyo financiero; particular este último que no se ha demostrado científicamente y que no justificaría su no reconocimiento. Todo está –como en supuestos de biparentalidad– en la manera en que se organicen los roles y la división de las responsabilidades que asumirá cada uno. De la misma forma que se solventa un conflicto entre dos, habría que hacerlo cuando hay más de dos como titulares de la responsabilidad parental, en todo caso sin que ello suponga un agravio en contra del niño, la niña o el adolescente. La vida ha demostrado que en muchas ocasiones los niños que están al abrigo de un padre y una madre sufren más las crisis familiares y los conflictos de pareja, expresados en las relaciones frente al hijo, que aquellos que tienen dos referentes afectivos que están divorciados y que han reconstituido su familia, de modo que se comparte armónicamente no solo con los padres y madres biológicos, sino también con los afines en supuestos de guarda y cuidado compartidos.

La segunda razón esgrimida no tiene otro fundamento que el temor a que el modelo clásico familiar pierda su hegemonía. No se trata de que la familia matrimonial nuclear sea exclusiva y excluyente, sino de concebir las familias con vocación de pluralidad, permitiendo la inclusión de los distintos modelos, siempre que se constate una armónica relación familiar entre los disímiles miembros de las familias. La multiparentalidad nunca será hegemónica, tan solo

compatible con los demás modos o maneras de ejercitar el derecho a constituir una familia, previsto en el art. 81 de la Constitución.

Tampoco es atendible la tercera razón.<sup>20</sup> El interés superior del niño es un baremo significativo en la interpretación y aplicación del Derecho. Es además una regla de procedimiento y a la vez un principio general del Derecho que informa todo el ordenamiento jurídico. No es posible generalizar y ofrecer recetas sobre cuál modelo de familia es mejor o peor. La multiparentalidad es una alternativa; siempre que funcione y se garanticen los derechos de todos los involucrados, y a su vez se multipliquen los afectos, las buenas emociones, los valores, el amor, no tiene por qué atender contra al interés superior de las personas menores de edad. Ello sin obviar que las situaciones de multiparentalidad necesariamente no tienen que ser reconocidas respecto de niños, niñas y adolescentes. No hay modelos idílicos, ni perfectos, de familia. Cada cual diseña la suya según el proyecto de vida personal y familiar. Los hijos necesitan afecto y atención, requieren tiempo para su formación y espacio para su plenitud. La multiparentalidad no es un paradigma familiar, como tampoco lo es cualquier otro, son opciones de vida que en todo caso deben atender siempre a los derechos de los infantes y adolescentes.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> La profesora Graciela Medina también sostiene esta objeción. A su juicio, se le da demasiado arbitrio a los jueces para la determinación del estatuto jurídico de la multiparentalidad; así, en materia de representación, en caso de divergencia entre los titulares de la responsabilidad parental, en la toma de decisiones respecto a determinados actos trascendentales de la vida del hijo, como por ejemplo, las decisiones relativas a la salud. *Vid. MEDINA, G., «Socioafectividad y Derecho de familia», Revista jurídica de Buenos Aires, Derecho de familia., II, 2020 , pp. 99-100.* Extremos que –en mi consideración– deberían ser solventados –de haber un litigio– adaptando las reglas establecidas por la ley para supuestos de biparentalidad. No se trata de que el legislador pauté todo lo que pueda acontecer en los conflictos derivados del ejercicio de la responsabilidad parental en situaciones de multiparentalidad, los jueces pueden perfectamente resolver el asunto, a partir de lo que destila cada caso en particular, sin que ello presuponga en modo alguno inseguridad jurídica.

<sup>21</sup> *Vid. los argumentos defendidos por el autor y los criterios que esgrime, así como el apoyo doctrinario en este orden, en GALPERÍN, G. N., op. cit.*

### 3.1.2. En cualquier otro supuesto que prevea un acuerdo sobre multiparentalidad

El art. 57, en su inciso b), prevé –con cierto valor residual– cualquier otro supuesto en que se configure un acuerdo de multiparentalidad. Sería contradictorio admitir la multiparentalidad –de practicarse la reproducción humana asistida o *stricto sensu* médicamente asistida– y no admitir una multiparentalidad cuando además de la pareja, una tercera persona quiere aportar o el material genético o el vientre, sin que la concepción tenga lugar por las vías de la reproducción humana asistida, o de aplicarse esta se practique en casa, sin los requerimientos formales que la intervención médica supone, sobre todo en lo que al consentimiento informado de las personas concernidas implica. Quebrantaría el principio de igualdad, pues vetar la posibilidad de un acuerdo de multiparentalidad, allende las fronteras de la reproducción humana médicamente asistida, o dicho de otro modo, supeditarla a su aplicación, sería encapsular la realidad, dando un trato jurídicamente diferenciado a situaciones análogas. ¿Qué hacer entonces cuando ya existe el acuerdo de multiparentalidad con uso o no de la reproducción humana asistida en sentido lato? La posibilidad de su protección jurídica a través de la inscripción registral, es lo idóneo desde una lectura de derechos humanos y conforme con el sentido común. Al tratarse de un proyecto de multiparentalidad, cabe en lo posible que la legislación registral exija algún tipo de prueba para evitar reconocimientos plurales de complacencia, de modo que, como medida preventiva, sería aconsejable que el acuerdo o plan de multiparentalidad constase por escrito, y si fuera por documento público notarial, entonces las garantías probatorias se multiplicarían. Nada priva que se niegue la participación de una de las personas involucradas que no ha aportado material genético alguno –supuesto en el que resulta más difícil la prueba–, pero sí ha manifestado la voluntad por ser la pareja de quien aportó el material genético o incluso el vientre. Ante tales circunstancias, el acuerdo de multiparentalidad constatado documentalmente sería una prueba para reclamar la filiación en sede judicial, de no existir consenso entre todos los partícipes de dicho acuerdo.

## 3.2. Multiparentalidad sobrevenida

Esta segunda modalidad de multiparentalidad, que tiene su sede en el art. 58 de la flamante norma familiar, se asienta en esencia en el reconocimiento judicial de la socioafectividad, categoría que transversaliza las distintas instituciones reguladas en dicha norma.

### 3.2.1. En los casos de filiación socioafectiva

La filiación no solo queda determinada por razón de la procreación, la fuerza del ADN, sino también por motivo de la construcción de un vínculo socioafectivo entre padres, madres e hijos, es decir, construida esa paternidad o maternidad desde el afecto, con una connotación no solo familiar sino también social. El Código de las familias habilita la coexistencia de paternidades y maternidades biológicas y también socioafectivas, sin que –tal y como dispone el art. 58, inciso a– el reconocimiento de una paternidad o maternidad socioafectiva suponga el desplazamiento de otra de naturaleza biológica o adoptiva. Ambas pueden converger si ello tributa en favor del interés superior del niño, niña o adolescente.

El reconocimiento del vínculo socioafectivo solo procederá judicialmente, tal y como se ha expuesto. La socioafectividad se basa en una posesión de estado, en la que más que el *nomen*, que es lo que se interesa, entre otros aspectos, cuando se promueve un reconocimiento filiatorio socioafectivo, se hace necesario probar el *tractatus*, o sea, el tratamiento como hijo y como padre, respectivamente, lo cual supone una especial dedicación, formación, transmisión de valores, de cultura, confirmación de un sello de identidad, que hace que se construya la identidad dinámica del hijo o la hija sobre la base de ese vínculo filial que se va edificando y consolidando con el paso del tiempo.

Como esgrimen VARSÍ ROSPIGLIOSI y CHAVES, “(l)a socioafectividad revela la constancia social de la relación entre padres e hijos caracterizando una paternidad, no por el simple hecho biológico o por la fuerza de la presunción legal, sino como consecuencia de los lazos

espirituales generados en la convivencia, en todos y cada uno de esos días de mutua coexistencia. El parentesco psicológico prevalece sobre la verdad biológica y también sobre la realidad legal [...].

“Es la relación diaria de las personas que se torna más fuerte, incluso, que la misma sangre y genes que puedan llegar a compartir. Se trata de la verdad real entendida como el hecho de gozar de la posesión de estado, siendo esta la máxima prueba de un estado filial”.<sup>22</sup>

Con el reconocimiento de la socioafectividad se da cobertura legal a situaciones que a lo largo de la historia han acompañado la historia vital de muchas personas, y que han terminado con el desplazamiento de la filiación construida desde la socioafectividad y el triunfo de la filiación biológica, sin que importe mucho la vinculación afectiva de ese padre biológico con ese hijo a quien pretende reconocer. Ejemplo de ello lo vemos en los reconocimientos de complacencia o en supuestos de filiaciones contradictorias, en las que el padre registral, en la creencia además de que era el padre biológico, ha sostenido un vínculo de paternidad con su hijo sustentado en los más altos y nobles valores que han de caracterizar las relaciones parentales, y tras demostrarse con una simple prueba de ADN que no es padre biológico, que hay un divorcio entre la verdad registral y la verdad biológica, ha terminado desplazado tras el exitoso emplazamiento del padre biológico, sin importar la identidad dinámica de ese hijo, que ve una sucesión de padres, tal y como si fuera una novación en materia de obligaciones. Y todo por el empeño del sagrado binarismo filial, a cuyo tenor no hay posibilidad de un tercer emplazamiento filiatorio, impidiendo la coexistencia de ambas parentalidades en una misma persona. Tal y como arguye AGUIRRE MESA, “(a)coger la desnaturalización de la filiación biológica binaria, a partir de la introyección del principio socioafectivo, sería el camino para que, en la concurrencia de los derechos fundamentales, con el derecho al conocimiento del origen genético o el llamado derecho a la identidad, sea perfectamente viable investigar la paternidad biológica de una persona sin destruir su vínculo filiatorio socioafectivo con los derechos

---

<sup>22</sup> VARSÌ ROSPIGLIOSI, E. y CHAVES, M. «Paternidad socioafectiva. La evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto», *Actualidad jurídica*, 2010, p. 60.



filiatorios que de este configuran. Se hace necesario avanzar en la diferenciación del derecho a conocer el origen biológico de una persona, con su derecho filiatorio, sea genético o no. Una prueba de ADN no puede seguir conteniendo el poder para derrumbar, desconocer y vulnerar el vínculo socioafectivo consolidado en complicidad con el sistema jurídico”.<sup>23</sup>

Ahora bien, los presupuestos o requisitos que se prevén en el Código de las familias para el éxito del reconocimiento judicial de la socioafectividad, regulados en el art. 59 son:

a) La necesaria escucha del niño, la niña o el adolescente sobre el cual recae el reconocimiento filiatorio, de tratarse de una persona ubicada en dicha franja etaria.

Para la escucha del infante o el adolescente es necesario tomar en cuenta su autonomía progresiva, y con ello es fundamental valorar su madurez psicológica, la evolución de sus facultades intelectuales, a los fines de evitar el difícil proceso de decisión que le puede suponer escoger entre el padre socioafectivo y el padre biológico,<sup>24</sup> solo a guisa de ejemplo, a menos que la decisión ya esté tomada, extremo que solo se sabrá en ese proceso de escucha, con las garantías judiciales establecidas en tal sentido. Los jueces requieren, siempre que resulte posible, tener en cuenta el criterio del niño, la niña o el adolescente, además de su historial de vida, a los fines de determinar si la posesión de estado de hijo está o no consolidada.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> AGUIRRE MESA, V., *op. cit.*, p. 155.

<sup>24</sup> Por ello, asiste razón a PFISTER GONÇALVES, I., «A multiparentalidade no contexto das nova fomações familiares e o entendimento da Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro», *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ*, Rio de Janeiro, 4, 1, 2021, disponible en <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/220> [consultada el 09 de julio de 2022], cuando esgrime que “*la multiparentalidad será siempre el camino más armónico de ser aplicado, una vez que, en el seno de muchas familias, los niños solo comprenden el sentimiento del afecto que les nutre con sus padres, padrastros o madrastras, y, por tanto tener que manifestar preferencia entre un padre u otro, o entre una madre u otra es para el niño una carga muy costosa e innecesaria, ya que él está vinculado a todos por lazos afectivos*”.

<sup>25</sup> En el caso L. F. F. vs. S. C. O. s. Filiación, Juzgado Civil en Familia y Sucesiones,

b) El carácter notorio y estable de la posesión de estado.

La norma familiar alude aquí a lo que la doctrina llama *fama*, o sea, el comportamiento público, evidente, frente a terceros, ya sean familiares, amigos, o miembros de la comunidad en la que se desarrolla la vida, que hace indudable las relaciones parentales construidas a partir del esfuerzo, dedicación, tiempo, amor, complicidad afectiva entre uno y otro.

No obstante, es dable acotar que el Código no establece un plazo mínimo de constitución y madurez de la relación parentoafectiva para que tenga éxito el emplazamiento filiatorio; por el contrario, acude al sentido común y a la prudencia de los jueces, quienes deberán valorar en cada caso si procede o no acoger el *petitum* contenido en la demanda filiatoria. Quizás esa laxitud del legislador no funcione, queda entre las hipótesis a validar con la vigencia del Código. Las experiencias acumuladas respecto del tiempo necesario para el reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada no fueron las mejores y eso motivó que en este Código se estableciera un plazo mínimo de

---

Monteros, Tucumán, Argentina; 07/02/2020; Rubinzal Online; 659/2017 RC J 436/20, la jueza actuante resalta el valor de la escucha de la niña: *“se le explicó a la niña en términos sencillos el motivo del encuentro, cuál era la razón para charlar sobre el asunto que se trataba en el expediente. Luego de esas explicaciones y darle la información que nos pidiera, le preguntamos si podíamos continuar con la entrevista. Ella aceptó. En esa oportunidad, J. contó cómo está conformada su familia. Nos explica que tiene dos (2) papás: J. y R. Que su mamá vive en otro lado. Que tiene cuatro hermanos más, tres mujeres y un varón. Una hermana por parte del papá J., otra hermana por parte del papá R., más una hermana y un hermanito de meses por parte de la mamá. Que ella vive parte del tiempo con J. (a quien llama ‘papito’) y parte del tiempo con R. (a quien llama ‘papá’). Que comparte tiempo con sus hermanas y hermanito. También expresó su preocupación, pues le ‘habían dicho que tenía que conversar con la jueza para elegir entre sus dos papás y que ella no quería hacerlo’ (sic). Continúa diciendo que ella quiere tener a los dos papás. Que quiere seguir llamándose J. S”.* Y luego resalta entre los elementos probatorios que tuvo en cuenta para fallar el asunto: *“La participación procesal y protagónica de la niña en el proceso. Participación con asistencia técnica (figura del abogado del niño): J. S. reconoce como padres a los dos. Conoce su origen biológico y su origen legal. Solicita que se respete su identidad tal cual se configura en la realidad sin que tenga que elegir (desplazar de la función paterna) entre sus padres. Señala que los quiere a los dos en los papeles. Finalmente solicita mantener su nombre tal cual figura en el acta de nacimiento”.*

dos años de convivencia afectiva (*vid.* art. 306.1) para que pueda, o bien instrumentarse por acta de notoriedad ante notario o reconocerse judicialmente. La situación en este orden es aún más delicada cuando se trata de niños, niñas o adolescentes. El legislador hace una continua apuesta a la sensatez de los operadores del Derecho sobre la base del principio del interés superior, cuyas reglas claves de valoración se ofrecen en el art. 7, entre las cuales se sitúa en el apartado 2, inciso b), “la identidad” del infante o adolescente, su “condición específica de persona en desarrollo”, para lo que es esencial la determinación de las parentalidades, no solo las biológicas, sino también las socioafectivas, así como “la preservación de las relaciones familiares” a que hace alusión el inciso siguiente, o sea, el c), entre las cuales remarca “las afectivamente cercanas”, presupuesto que resulta ineludible ante una petición de desplazamiento filial del padre o madre socioafectivo, frente al demandante, ya sea el padre o la madre biológica, siendo además otro factor a tener en cuenta para proteger ese interés superior –según el dictado del inciso g)– “el efecto que pueda provocar cualquier cambio de situación en su vida cotidiana”, entre ellos, el desplazamiento filiatorio, por ejemplo, del padre socioafectivo con quien ha consolidado una profunda y armónica relación parental, con la consiguiente desestabilización en su identidad dinámica y como consecuencia de su equilibrio emocional. Para poder valorar todos estos parámetros o reglas racionales, a los fines de determinar el cumplimiento del interés superior, los jueces necesariamente deben sopesar la estabilidad del vínculo socioafectivo,<sup>26</sup> como exige el apartado segundo del art. 59. Será la jurisprudencia, al fallar cada caso en concreto, la que esculpirá la piedra sobre la cual se escriba el estatus jurídico de la filiación socioafectiva en Cuba, tomando en cuenta para ello el principio de realidad familiar a que alude el art. 3, apartado primero, inciso 1), del Código. Dicha estabilidad será colmada por la hermenéutica que del requerimiento de la estabilidad hagan los jueces. Algunos casos fallados en la Argentina dan cuenta del reconocimiento de la socioafectividad respecto de un niño de tan solo dos años, a partir del

---

<sup>26</sup> Tal estabilidad estará fundada “en el afecto que se realiza a través de la donación diaria, la dedicación, el amor, el deseo de compartir, de disponerse favorablemente al otro. A través de él [...] se hacen concesiones, a fin de construir una convivencia armónica y saludable”. *Vid.* PFISTER GONÇALVES, I., op. cit.

criterio de la jueza de que ello es lo que resulta más beneficioso para él.<sup>27</sup>

De lo que vengo explicando se justifica por qué el art. 78 del Código deja claro que el éxito de la demanda de reconocimiento filiatorio sobre la base de la existencia de un vínculo genético con el hijo o la hija, con la pretensión accesoria de la impugnación de la filiación ya determinada, estará condicionado a que no quede probado un vínculo socioafectivo con el hijo o la hija por parte del padre o la madre cuya parentalidad se pretende desplazar, sustentado muchas veces en un reconocimiento de complacencia, en el que si bien el recognoscente desde un inicio sabía que no era el padre o la madre biológico de la persona que reconoce, consolida después una parentalidad socioafectiva, duradera y notoria, oponiéndose a ser desplazado, a partir de su voluntad de seguir apostando por la construcción de esa paternidad o maternidad erigida desde el amor y el afecto; supuesto en el que el juzgador tomará en cuenta los baremos a que he hecho referencia, contenidos en el art. 7 del pretense Código, pudiendo apreciar la socioafectividad en el padre o la madre registral, no biológico, y en consecuencia la multiparentalidad derivada.

c) El *tractatus*, o comportamiento como padre o madre de ese hijo o esa hija, aun cuando no se tenga vínculo consanguíneo alguno y el correspondiente comportamiento como hijo o hija de la persona reconocida, lo cual supone un trato afectivo familiar que lleva a quien asume la paternidad o la maternidad a desempeñar los roles que ella representa,<sup>28</sup> a partir del contenido que el art. 138 del Código desarrolla de la responsabilidad parental y que afinca el art. 59 en su apartado segundo, a tal punto de exigir expresamente que se haya “*cumplido meritoriamente los deberes que le competen en razón de la paternidad o*

---

<sup>27</sup> En el caso fallado el 10 de agosto de 2021 por la jueza Carriquiry, de San Ramón de la Nueva Orán, en la provincia de Salta, República Argentina, el niño P., respecto del cual se declara CON LUGAR el pedido de reconocimiento de triple filiación derivada del vínculo socioafectivo-biológico-originario, tenía tan solo dos años de edad.

<sup>28</sup> Al decir de PFISTER GONÇALVES, I., *op. cit.*, “(e)l vínculo socioafectivo tiene su base en el amor que conecta a las personas, en la disposición de estar vinculadas, en el deseo de establecer ligámenes indisolubles, en la construcción y formación de la familia unida por sentimientos de solidaridad y afecto”.

*maternidad social y familiarmente construida*". Un especial énfasis se hace en el modo de cumplimiento de la parentalidad para tener éxito en el emplazamiento filiatorio socioafectivo, es decir, que este sea de modo destacado, lo cual conecta con la notoriedad del comportamiento respecto de terceros, incluso fuera del ámbito doméstico o familiar, como también se exige en el propio apartado. Se busca la prueba irrefutable de una parentalidad evidente que acentúe el mérito asumido en los deberes cumplidos.

d) Una voluntad o intención de asumir o construir tal paternidad o maternidad, también prevista en el apartado segundo *in fine* del art. 59 del Código. No se trata tan solo de comportarse o comprometerse en el orden socioafectivo en la formación, educación y crianza positiva de un hijo o hija, sino de que haya una marcada intencionalidad o voluntad para tal cometido, de ahí que se hable de una parentalidad que también tiene como fuente la voluntad, como en las técnicas de reproducción asistida con aportación genética de un tercero, pero no suficiente con ello, dado que se requiere de una voluntad e intención prolongada en el tiempo y sustentada en un meritorio comportamiento parental socioafectivo. Y en ello se distinguen de los padres y madres comitentes, que son padres y madres de intención porque quieren tener un hijo o hija y construir de cara al futuro esa paternidad o maternidad que germina desde el momento mismo de la concepción, aun cuando el hijo o la hija se lleve en el vientre ajeno con los datos genéticos de ellos o incluso con el dato genético de un tercero. Los padres y madres socioafectivos, en cambio, construyen la paternidad y la maternidad por su propia voluntad, que externalizan a través de la posesión de estado de padre o de madre; de este modo, la voluntad, la intención y el comportamiento y la notoriedad (*fama y tractatus*) preceden al emplazamiento filiatorio socioafectivo.<sup>29</sup> Llegará entonces a los jueces una parentalidad consolidada, respecto de la cual

---

<sup>29</sup> Como defienden OLIVEIRA, B. C. D. y TOMASZEWSKI, A.D.A. «Multiparentalidade no âmbito da família recomposta e seus efeitos jurídicos», *Rev. Ciênc. Juríd. Soc.*, UNIPAR, 2017 p. 283: "Lo que constituye el contenido de la socioafectividad es el ejercicio pleno de la autoridad parental, o sea, el hecho de que una persona –que no posee vínculo parental biológico– realiza todos los actos y actividades necesarias para la formación y el desarrollo de los 'hijos' menores o no, desempeñando tal función, siempre en el bienestar de los hijos, independientemente del vínculo consanguíneo que genera tal obligación legal".

se reclama el reconocimiento en sede judicial para la ulterior inscripción registral y con los efectos jurídicos que en Derecho tiene. Por el contrario, en la filiación asistida cuya fuente lo es la voluntad de los padres y madres comitentes, llega primero el emplazamiento filiatorio y luego la asunción misma de la parentalidad, la cual no necesariamente se desarrolla con éxito, pues nada priva que el padre o la madre tengan un comportamiento que en nada se avenga con esa voluntad e intención que un día los hizo convertirse en padres y madres comitentes, y luego en padres y madres registrales.

### **3.2.1.1. La socioafectividad como nueva fuente filiatoria y con ello como nuevo tipo de parentesco**

De lo que se viene explicando, cabe colegir que la socioafectividad, reconocida ante los tribunales a través de una resolución judicial, única vía posible que deja expedita el legislador (*vid.* art. 21 en su segundo apartado), genera en el nuevo ordenamiento familiar cubano una cuarta fuente filiatoria –lo que reafirma el art. 50, apartado primero, inciso c)–, con idénticos efectos jurídicos que las otras tres, o sea, la derivada de la procreación natural, la que nace del acto jurídico de la adopción o aquella que brota de la voluntad de los padres y madres comitentes, dirigida a construir una paternidad o maternidad responsable por medio del uso de las técnicas de reproducción humana asistida con aportación del dato genético de un tercero. Y como la filiación es una de las fuentes del parentesco (*vid.* art. 17, apartado primero, inciso a), se entiende entonces que la filiación socioafectiva genera un nuevo tipo de parentesco, a saber: el socioafectivo, el que, según el dictado del art. 21 en su apartado primero, *“se sustenta en la voluntad y en el comportamiento entre personas vinculadas afectivamente por una relación estable y sostenida en el tiempo, que pueda justificar una filiación”*.

De ahí que es dable dejar esclarecido que la voluntad y el comportamiento socioafectivo son la fuente del éxito para un emplazamiento filiatorio del cual se genera una nueva filiación: la socioafectiva, que como filiación al fin, respecto de la que no cabe distinguir de las demás fuentes filiatorias, hace brotar también un

nuevo parentesco que lleva por nombre: parentesco socioafectivo; parentesco que en el Derecho cubano tiene los mismos efectos jurídicos que el consanguíneo. El Código lo deja claro, y así lo establece en el apartado segundo del art. 21, sin que deje lugar a duda alguna.<sup>30</sup> De manera que, cuando se hable en la legislación especial de parientes consanguíneos, aunque la norma no haga especial referencia a los parientes socioafectivos,<sup>31</sup> por imperio de lo previsto en este artículo, se entienden incluidos y le alcanzan los mismos deberes y derechos, así como idénticas prohibiciones.

El parentesco socioafectivo se distingue también del parentesco por afinidad, sustentado en el Código no solo en el matrimonio, sino también en la existencia de una unión de hecho afectiva inscripta (*vid.* art. 17, apartado primero, incisos b) y c) en relación con el art. 20). Los padres y madres afines también tienen reconocimiento en la norma, pero con un estatuto jurídico diferente. Los tradicionalmente llamados padrastros y madrastras no crean un nuevo vínculo filiatorio. El solo hecho de comportarse como padres y madres afines, en función complementaria de los titulares de la responsabilidad parental<sup>32</sup> y

---

<sup>30</sup> Como se dice desde la doctrina brasilera: “el reconocimiento de la paternidad/maternidad socioafectiva produce tanto efectos patrimoniales como personales, generando el llamado parentesco socioafectivo, para todos los fines del Derecho, aplicándose el principio de solidaridad, sobre el fundamento de la dignidad de la persona humana y el interés superior del niño o adolescente”. *Vid.* SILVEIRA IBIAS, D., *op. cit.*

<sup>31</sup> Ya sea porque se trate de una norma anterior a la vigencia del Código de las familias (una vez que se apruebe) o porque aun posterior a él, el legislador no hizo referencia al parentesco socioafectivo, como pudiera acontecer. No se olvide que tendrá que pasar el tiempo para que en la cultura jurídica de la sociedad se interiorice el tema.

<sup>32</sup> Al decir de Méndez Trujillo, “(n)o existe para el padre/madre afín un rol con carácter absoluto, pues son muchos los factores que inciden en las funciones que este puede desempeñar. Debe quedar sentado que no se trata de sustituir los roles de los padres, titulares de la responsabilidad parental, sino de asumir una función complementaria, colaborativa e incluso, en ocasiones, de carácter subsidiario, todo ello en virtud de la protección de los intereses y el bienestar de los niños, siendo esta la base para crear un estatuto para el padre/madre afín que le permita ser miembro activo de esta nueva constelación familiar”. *Vid.* MÉNDEZ TRUJILLO, I. M., *Guarda y cuidado y régimen de comunicación de los menores de edad en familias ensambladas*, Olejnik, Santiago de Chile, 2020, p. 73.

asumir corresponsabilidades junto con los que de aquellos son guardadores, así como velar por el desarrollo escolar del niño, incluso asumir decisiones urgentes y demás deberes a que alude el art. 81 del Código, no les lleva a promover con éxito un emplazamiento filiatorio socioafectivo, ya sea porque no haya intención o voluntad en tal sentido, o porque no les alcanza esa trayectoria meritoria en la construcción de una paternidad o maternidad socioafectiva a que hace referencia el art. 59, apartado segundo, del Código.

Al constituir una nueva modalidad de parentesco y tener los mismos efectos jurídicos que el consanguíneo, es suficiente con una interpretación de alcance general en cada una de las instituciones jurídicas, no obstante, el Código se pronuncia expresamente respecto a:

- a) La obligación de dar alimentos entre parientes, según lo previsto por el art. 23, apartado segundo, en relación con el primero, inciso a), y art. 27, apartado segundo.
- b) El derecho de comunicación familiar al amparo del art. 23, apartado segundo, en relación con el primero, inciso b).

En tanto, en materia sucesoria, la reforma al Código civil que emana del Código de las familias no se pronuncia expresamente al efecto, dado que lo dispuesto en su art. 21 apartado segundo resulta suficiente. El principio que sigue el Código civil, por tanto, es el de entender que todos los parientes socioafectivos sucederán al causante en la misma línea y grado que los parientes consanguíneos, sin importar en modo alguno el momento en que fue declarada judicialmente la socioafectividad. Y dado que en la línea recta ascendente, la sucesión en el Código civil no distingue entre línea paterna y materna, cualquiera que sea el número de padres y madres concurrentes, entre ellos quedará dividida a partes iguales la herencia del hijo multiparental, a tenor de lo previsto en el art. 515, apartado segundo, reformado (segundo llamado sucesorio), y en relación con los demás ascendientes, ubicados en el cuarto llamado sucesorio, rige la misma ecuación, o sea, los abuelos o los demás ascendientes concurrentes, cualquiera que sea el número de ellos, heredan todos a partes iguales, según el dictado del art. 520, también reformado. En cuanto al



hijo multiparental, tendrá la posibilidad de acudir a la sucesión de cada uno de sus padres o madres, como un hijo más, como el hijo adoptivo o el hijo consanguíneo, bajo el amparo constitucional del principio de igualdad filiatoria reconocido en el art. 83 de la Carta Magna, que además prohíbe expresamente en su segundo apartado la calificación de los hijos sobre la base de la naturaleza de la filiación.<sup>33</sup>

### 3.2.1.2. Sujetos legitimados para interesar su reconocimiento

En materia de multiparentalidad sobreviniente por motivo del éxito del emplazamiento filiatorio socioafectivo, no solo estarán legitimados el padre y la madre socioafectivos, sino también –según lo dispuesto en el apartado tercero del art. 59 del Código– el hijo o la hija que busca el reconocimiento filiatorio respecto de quien ha consolidado un vínculo socioafectivo con él o ella y a quien también se reconoce como padre o madre. Igualmente, está legitimada la fiscalía, esta última por estar ventilándose una cuestión relativa al estado civil de las personas, concretamente una acción filiatoria, sea el reconocido menor o mayor de edad.

La acción además se puede ejercitar aún después del fallecimiento del padre o de la madre socioafectiva, siempre que se demanden a los herederos de estos. Demostrado el cumplimiento de los presupuestos

---

<sup>33</sup> Sobre el tema sucesorio, *vid.* lo que ya he anticipado en «El nuevo desafío de la filiación para el derecho de sucesiones: la multiparentalidad», *Revista Jurídica sobre familia y menores* (revista *on line*), La Ley Derecho de familia, 2019, y además de la bibliografía que allí cito, *vid.* también, DE SOUZA SALLES, L. C, CAJUEIRO DE MELO DA MATTA, R. FERNANDES BENTO ALVES, W. «Dos reflexos jurídicos do reconhecimento da multiparentalidade frente ao ordenamento jurídico nacional», *E-legis*, Brasília, 2019 , pp. 199-200, disponible en <https://e-legis.camara.leg.br/cefor/index.php/e-legis/article/view/471> [consultado el 10 de julio de 2022]; CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE, G., PEREIRA DANTAS CARVALHO, A. y ALVES PEREIRA, R. «Multiparentalidade inversa no ordenamento jurídico brasileiro», *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, 4, 2020, pp. 1270-1272, disponible en <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1634/Multiparentalidade:+uma+análise+entre+o+reconhecimento+e+seus+efeitos+no+âmbito+do+direito+da+familia> [consultada el 10 de julio de 2022].

exigidos en el art. 59 del Código, prosperaría la demanda, aunque el padre o la madre socioafectivos ya hayan fallecido, pues el emplazamiento filiatorio que cobra éxito en tiempo presente se sustenta en una situación del pasado, acontecida en vida del hoy fallecido, tras probarse en sede judicial la posesión de estado de aquel como padre (o madre) de la persona que ejercita la acción dirigida al reconocimiento.

### **3.2.2. En supuestos de adopción por integración**

La adopción por integración es aquella que opera respecto al hijo o la hija del esposo o la esposa, o de la pareja de hecho afectiva. Para que tenga lugar debe haber un vínculo afectivo entre el adoptante y el pretense adoptado, expresado además en la anuencia de este, cuando, de acuerdo con su edad, lo puede hacer. Por supuesto, igualmente debe consentir la madre o el padre guardador y el no guardador, a menos que este último esté fallecido o privado de la responsabilidad parental. Esta figura jurídica está prevista en los arts. 103 al 108 del Código.

En principio, en la adopción por integración, el adoptado se vincula con la nueva familia legal, la resultante del acto de adopción con quien hasta ese momento era su padre o madre afín. La familia pasa entonces de familia reconstituida o recompuesta a familia nuclear, matrimonial o no. Es un supuesto de adopción unilateral, que mantiene subsistente los vínculos consanguíneos con la familia de la madre o el padre guardador (vínculos que también pudieran ser adoptivos si, por ejemplo, había sido ya adoptado tan solo por ella o por él, de modo que la familia monoparental pasa a ser una familia biparental, o habiendo sido adoptado en pareja, uno de los miembros de esta ha fallecido o privado de la responsabilidad parental).

El Código, sin embargo, abre el diapasón de posibilidades y opciones, permitiendo la subsistencia de los vínculos parentales con el padre o madre biológicos, que no tiene por qué ser desplazado. El ejemplo más común en nuestro entorno es el hijo de una persona fallecida. En estos supuestos, en Cuba rara vez se procede a la

adopción respecto del padre o madre afín, que en muchos de los casos es quien lo forma, lo educa, le transmite costumbres, valores, reglas de educación formal, quien incluso le da el sello de identidad de su propia familia, comportándose como su verdadero padre o madre. No obstante, el respeto a la memoria del padre fallecido y los vínculos que mantiene con esa familia, tradicionalmente ha hecho que no se adopte, teniendo en cuenta además que en la manera en que se regulaba por el Código de familia de 1975 esta adopción suponía inexorablemente el desplazamiento filiatorio del padre o madre biológico fallecido. La norma familiar, en cambio, visualiza en su art. 103 la posibilidad de que la adopción por integración no suponga borrar de una vez y por todas la historia de vida de un niño o una niña, sino mantener el vínculo filiatorio biológico y sumar el vínculo filiatorio adoptivo, sustentado también en la afectividad de ese infante con el padre o madre afín, convirtiéndose en una excepción a la regla de que con la adopción se extinguen los vínculos filiales anteriores, según lo dispone el art. 95.

La adopción por integración, por consiguiente, puede llevar a una causa sobrevenida de multiparentalidad, en la que se sumarían a las filiaciones biológicas establecidas, una nueva filiación de naturaleza adoptiva.

Vale acotar que el Código de las familias ofrece múltiples alternativas, a partir de las disímiles situaciones familiares que en la vida real pueden ofrecerse. Solo a guisa de ejemplo, cabe citar el supuesto en el que el hijo o la hija concebido por inseminación artificial *post mortem*, o hijo superpóstumo a que alude el art. 126 del Código, durante su niñez o adolescencia pudiera ser adoptado o tener éxito respecto de él un emplazamiento filiatorio socioafectivo. Así, si la madre rehace su vida y decide unirse a una pareja, ya sea de diferente o del mismo género, podría esta pareja, si se dan todos los presupuestos, adoptar a ese niño o niña, deviniendo filiación adoptiva que genera multiparentalidad si se decide mantener la filiación biológica proveniente del padre fallecido, o consolidados los vínculos socioafectivos, promover un emplazamiento filiatorio socioafectivo que deje inalterable los vínculos biológicos ya determinados. Igual puede acontecer en el supuesto previsto en el art. 123, en que tras el divorcio de los comitentes (para un supuesto de inseminación artificial

heteróloga o de gestación solidaria), aun cuando el hijo o la hija no ha nacido, uno de ellos se desentienda de ese hijo o hija, concebido, por ejemplo, a través de la gestación solidaria, o fallezca antes de que nazca. En ambos supuestos, el devenir de la vida puede llevarle al sobreviviente, en caso de fallecimiento de su pareja, o a quien asume la guarda del niño o la niña, reconstituir su familia, con la posible adopción por integración de su hijo o hija por su nueva pareja, dejando subsistente el vínculo biológico anterior, lo cual traería como resultado un caso de multiparentalidad (sobre todo en caso de fallecimiento del padre o madre del infante). Igual consecuencia pudiera llevar el éxito del emplazamiento filiatorio socioafectivo promovido por ese padre o madre afín.

Por último, cabe acotar que el Código no regula expresamente la multiparentalidad inversa, o sea, aquella que opera cuando después de haber sido adoptada una persona, se interesa en un momento posterior –en el que incluso puede ser mayor de edad–, el reconocimiento de la filiación consanguínea que un día fue desplazada por demostrarse que aun adoptada, la persona mantuvo un vínculo socioafectivo con su padre o madre consanguíneo, respecto de los cuales, conforme al Derecho, rompió los vínculos parentofiliales.<sup>34</sup> No

---

<sup>34</sup> Como apuntan, a partir de la experiencia jurisprudencial brasilera, CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE, G., PEREIRA DANTAS CARVALHO, A. y ALVES PEREIRA R., op. cit., en la multiparentalidad inversa se permite la coexistencia de vínculos socioafectivos ya establecidos como consecuencia de una adopción plena, con el vínculo biológico (p. 1265). El *leading case* sobre el tema lo aporta la jurisprudencia del Brasil. La promotora, mayor de edad en el momento en que se ejerció la acción, había sido criada por sus padres biológicos hasta los 7 años. En esa época su madre falleció y su padre tuvo dificultad para criar a todos sus hijos. Algunos de ellos fueron a vivir con otros parientes y la actora del proceso fue a vivir (en el año 1979) con una prima (hermana de crianza) del padre. La actora continuó la convivencia afectiva con el padre y con sus hermanos. En 1984, cuando ya tenía 16 años, la prima de su padre solicitó la guarda provisoria con autorización de su padre biológico, lo cual fue apreciado 25 años después cuando la actora ya era mayor de edad y estaba casada. El hecho de perder el apellido de la madre, además de herir profundamente su identidad, le causó un enorme sentimiento de culpa, pues sentía como si estuviese renegando el amor de aquella que le crio hasta los 7 años –según se narra en la propia Sentencia–. A ello súmese que ella mantuvo una relación de proximidad con todos sus hermanos, motivo por el cual interesó que en su identidad se sumaran los

obstante este vacío legal, la posibilidad de opciones que brinda el Código de las familias habilita integrar el Derecho que regula en su articulado. Sin dudas sería de gran utilidad la aplicación del art. 3, regulador de los principios que rigen el Derecho familiar, entre ellos el de igualdad y no discriminación, el de búsqueda de la felicidad, el de socioafectividad, el de interés superior de niños, niñas y adolescentes, el de realidad familiar, todo ello sobre la base de la dignidad y el humanismo como valores supremos, además de tomar en cuenta que hay una apuesta en la norma por el triunfo de los afectos, de ahí que la multiparentalidad regulada se sustente, entre otros principios, en el de coexistencia de filiaciones procedentes de diversas fuentes, de modo que nada privaría a los jueces para que en un caso en que se den los presupuestos que desembocan en la necesidad de hacer prosperar un emplazamiento filiatorio consanguíneo respecto de un hijo o una hija que ya fuera adoptado, se dé luz verde, derivando en una situación de multiparentalidad sobreviniente.

#### 4. A modo de epítome

El Código de las familias de Cuba ha supuesto un desafío en la construcción de un nuevo Derecho filial, en esencia, rupturista de los principios y valores sobre los que tradicionalmente se han erigido reglas estáticas informantes de las relaciones jurídico-familiares. Se cumple así con la importante misión del legislador contemporáneo de fotografiar la realidad sociofamiliar y llevarla a las normas, de manera tal que se logre el imperioso cometido, a cuyo tenor, “(e)l paradigma

---

apellidos de su madre y padre biológicos, de los cuales no quería renegar. Como sostiene la doctrina citada, la parte actora de este proceso interesaba “la admisión del vínculo consanguíneo existente en la época en que fue criada por los padres biológicos. Se nota que para la actora, el hecho de no tener el reconocimiento de ese vínculo, sería renegar toda la relación de afectividad que existió entre ella y su madre biológica y entre ella y su padre y hermanos” (p. 1267). La jueza de Paraíba que conoció el asunto consideró que si las relaciones familiares hoy están basadas en el afecto, nada priva reconocer en casos como este la múltiple filiación inversa como forma de asegurar la dignidad de la persona, siempre en atención al respeto al principio de pluralidad familiar.

biológico de la filiación deberá ser de-construido para reconstruirlo en un sistema filial donde el componente afectivo tenga un lugar”.<sup>35</sup> Ese componente afectivo se erige en principio del Derecho familiar contenido en el Código, con igual tratamiento y alcance que el de naturaleza biológica. Nunca antes en el Derecho cubano el ADN se dio la mano con el afecto y el amor. “*El quiebre del binarismo filial, obliga a repensar los vínculos filiales desde la autonomía de la voluntad (en el caso de las TRHA) y la socioafectividad, más que en el orden público*”.<sup>36</sup>

La posibilidad de reconocer filiaciones múltiples respecto de una misma persona, admitiéndose así la coexistencia de filiaciones biológicas y adoptivas, o biológicas y socioafectivas, se convierte en realidad en las normas del Código, ello sobre la base de la dignidad humana como valor fundante de los derechos constitucionales y legales y el respeto al pluralismo familiar y al proyecto de vida de cada persona, reconocidos en la Constitución de 2019. De lo que se trata es de “(c)onstruir, interpretar y aplicar el Derecho de las familias preservando el valor humanidad”,<sup>37</sup> lo cual “exige analizar de forma abierta aquellos datos de la realidad que impactan en la composición interna de cada familia”.<sup>38</sup>

La multiparentalidad se regula como expresión de la libertad y del derecho de toda persona a constituir una familia, derecho este último reconocido en el art. 81 de la Constitución. El Código prevé situaciones primigenias que generan multiparentalidad a partir del acuerdo o plan de parentalidad de una pareja, ya sea homo o heteroafectiva al cual se yuxtapone una tercera persona, portadora de los gametos o del vientre, resultado de la aplicación exitosa de las técnicas de reproducción humana asistida, o incluso en supuestos ajenos a dichas técnicas. Igualmente, reconoce la multiparentalidad sobreviniente como consecuencia del éxito de un nuevo emplazamiento filiatorio socioafectivo, a partir de la probanza de la posesión de estado de padre

---

<sup>35</sup> Vid. AGUIRRE MESA, V., op. cit., p. 124.

<sup>36</sup> Sentencia de 10 de agosto de 2021, San Ramón de la Nueva Orán, en la provincia de Salta, República Argentina, jueza: Ana María Carriquiry, ya referenciada.

<sup>37</sup> Vid. KRASNOW, A., «La socioafectividad en el Derecho de las familias argentino. Su despliegue en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida», *Revista de Derecho* (Valdivia), 1, 2019, p. 77.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

o de madre y de la de hijo o hija, en supuestos en que se construyen paternidades y maternidades desde vínculos afectivos consolidados, o como resultado de la adopción por integración, cuando conforme con el interés superior del niño, la niña o el adolescente resulta conveniente y aconsejable mantener incólumes las parentalidades biológicas establecidas. Como con vehemencia expresa la profesora María Berenice DÍAS “(l)a condición de hijo se construye con el tiempo y a ella no se puede contestar por la existencia de una partida de nacimiento. El vínculo de filiación se constituye por la convivencia”;<sup>39</sup> “(a)l fin y al cabo, la verdadera paternidad resulta más del amar y servir que de suministrar material genético”.<sup>40</sup> En fin, en palabras de Belmiro WELTER, “el estado de hijo afectivo se edifica por el cordón umbilical del amor, del afecto, del desvelo, del corazón y de la emoción. Mientras la familia biológica navega en la cavidad sanguínea, la familia afectiva trasciende los mares de la sangre”.<sup>41</sup>

## Bibliografía

### I. Fuentes doctrinales:

AGUIRRE MESA, V., «La socioafectividad como principio rupturista del paradigma biológico-binario de la filiación natural», revista *Pluriverso*, , 2021, pp. 119-161.

BLADILO, A., «Familias pluriparentales en la Argentina: donde tres (¿o más?) no son multitud», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, , II, 2018, pp. 135-158.

---

<sup>39</sup> DÍAS, María Berenice, «Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales», *Revista jurídica*, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, 13, 2009, p. 88, disponible en [https://www.google.com/search?sxsrf=ALiCzsacsDM-046rPGk-3irYrdajokNxzQ:1657509497205&q=D%C3%8DAS,+Mar%C3%ADa+Berenice,+%E2%80%9CFiliaci%C3%B3n+socioactiva:+nuevo&sa=X&ved=2ahUKewi9tKuG8O\\_4AhUxTDABHc9eBesQ7xYoAHoECAEQNg](https://www.google.com/search?sxsrf=ALiCzsacsDM-046rPGk-3irYrdajokNxzQ:1657509497205&q=D%C3%8DAS,+Mar%C3%ADa+Berenice,+%E2%80%9CFiliaci%C3%B3n+socioactiva:+nuevo&sa=X&ved=2ahUKewi9tKuG8O_4AhUxTDABHc9eBesQ7xYoAHoECAEQNg) [consultada el 10 de julio de 2022].

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> WELTER, B. P., «Igualdade entre a filiação biológica e sociafetiva», *Revista Brasileira de Direito de Familia*, Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, no. 14, jul.-sept. 2002 (pp. 128-163), p. 153.

CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE, G., , PEREIRA DANTAS CARVALHO A., y ALVES PEREIRA R. «Multiparentalidade inversa no ordenamento jurídico brasileiro», *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, 2020, pp. 1259-1278, disponible en <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1634/Multiparentalidade:+uma+análise+entre+o+reconhecimento+e+seus+efeitos+no+âmbito+do+direito+da+familia> [consultada el 10 de julio de 2022].

CHAVES, M., «Famílias mosaico, socioafetividade e mulltiparentalidade: breve ensaio sobre as relações parentais na pós-modernidade», *Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família, Famílias: Pluralidade e felicidade*, , 2015 , p. 145, disponible en <https://ibdfam.org.br/publicacoes/anais/detalhes/985/IX%20Congresso%20Brasileiro%20de%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia> [consultada el 11 de julio de 2022].

DÍAS, M. B., «Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales», *Revista jurídica*, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, , 2009 , p. 88, disponible en [https://www.google.com/search?sxsrf=ALiCzsacsdm-046rPGk-3irYrdaJoKNxzQ:1657509497205&q=D%C3%8DAS,+Mar%C3%ADa+Berenice,+%E2%80%9CFiliaci%C3%B3n+socioactiva:+nuevo&sa=X&ved=2ahUKEwi9tKuG8O\\_4AhUxTDABHc9eBesQ7xYoAHoECAEQNg](https://www.google.com/search?sxsrf=ALiCzsacsdm-046rPGk-3irYrdaJoKNxzQ:1657509497205&q=D%C3%8DAS,+Mar%C3%ADa+Berenice,+%E2%80%9CFiliaci%C3%B3n+socioactiva:+nuevo&sa=X&ved=2ahUKEwi9tKuG8O_4AhUxTDABHc9eBesQ7xYoAHoECAEQNg) [consultada el 10 de julio de 2022].

GALPERÍN, G. N., «Repensar la familia pluriparental desde el ejercicio de la magistratura», *Microjuris* 2018, MJ-DOC-13676-AR|MJD13676.

GONÇALVES COELHO, A. y PINHEIRO MASQUES V., «Multiparentalidade e paternidade socioafetiva: breve apontamentos à luz da doutrina civilista e da jurisprudência brasileira», *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás, Goiânia*, 2018, pp. 113-126.

HERRERA, M., Capítulo 5, «Sociofektividad, infancias y adolescencias ¿De lo clásico a lo extravagante?», en Silvia Eugenia Fernández (dir.), *Tratado de Derecho de Niñas, Niños y Adolescentes*, Thomson Reuters, Buenos Aires, 2021.

KRASNOW, A., «La socioafektividad en el Derecho de las familias argentino. Su despliegue en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida», *Revista de Derecho* (Valdivia), 2019, pp. 71-94.

LAMM, E., «Familias multiparentales. Su ‘blanqueo’ legal como solución que mejor satisface los intereses en juego», *Diario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos*, 2016, disponible



en

<https://www.google.com/search?q=LAMM%2C+Eleonora%2C+%E2%80%9CFamilias+multiparentales.+Su+%E2%80%98blanqueo%E2%80%99+legal+&sxsrf=ALiCzsaPcTtitnFOTmR8Rjhl60ywCOWMpA%3A1657509523542&ei=k5bLYpjpgIPGHwbkPvZ-OgAw> [consultada el 02 de julio de 2022].

MATZENBACHER TIBES MACHADO, P., «Multiparentalidade. Análise jurídica desde casos práticos», *Revista Jurídica do Mpro*, 2018, pp. 116-134.

MEDINA, G., «Socioafectividad y Derecho de familia», *Revista jurídica de Buenos Aires, Derecho de familia*, II, 2020, pp. 85-101.

MÉNDEZ TRUJILLO, I. M., *Guarda y cuidado y régimen de comunicación de los menores de edad en familias ensambladas*, Olejnik, Santiago de Chile, 2020.

OLIVEIRA, B. C. D. y TOMASZEWSKI A.D.A., «Multiparentalidade no âmbito da família recomposta e seus efeitos jurídicos», *Rev. Ciênc. Juríd. Soc.*, UNIPAR, Umuarama, 2017, pp. 273-294.

PFISTER GONÇALVES, I., «A multiparentalidade no contexto das nova formações familiares e o entendimento da Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro», *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ*, Rio de Janeiro, 2021, disponible en <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/220> [consultada el 09 de julio de 2022].

SILVEIRA IBIAS, D., «A multiparentalidade e a coexistência dos vínculos socioafetivo e biológico na visão contemporânea do Direito», disponible en <https://www.google.com/search?q=SILVEIRA+IBIAS%2C+Delma%2C+%E2%80%9CA+multiparentalidade+&sxsrf=ALiCzsZDhlwMteWP GfA6YbbkGdf-ITW49g%3A1657509863561&ei=55fLYrL2IdqawbkP1-O58Ag> [consultada el 09 de julio de 2022].

SOUZA SALLES, L. C. d., CAJUEIRO DE MELO DA MATTA R., FERNANDES BENTO ALVES R. , «Dos reflexos jurídicos do reconhecimento da multiparentalidade frente ao ordenamento jurídico nacional», *E-legis*, Brasília, 2019 , pp. 199-200, disponible en <https://e-legis.camara.leg.br/cefor/index.php/e-legis/article/view/471> [consultado el 10 de julio de 2022].

VARSI ROSPIGLIOSI, E y CHAVES M., «Paternidad socioafectiva. La evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto», en *Actualidad jurídica*, 2010, pp. 57-64.

VIEIRA SARAIVA DE MEDEIROS, A. y ANDRIGUETTO SANTOS A.C., «Multiparentalidade: considerações à luz da repercussão geral No. 622 do SFT e dos provimentos No. 63/17 e No. 83/19 do Conselho Nacional de Justiça», *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Paraná*, pp. 292-315.

VÍTTOLA, L. R., «La noción de la socioafectividad en el Código civil y comercial de la nación», *Diario DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos*, 2018, disponible en <https://www.google.com/search?q=V%C3%8DTOLA%2C+Leonardo+R.%2C+%E2%80%9CLA+noci%C3%B3n+de+la+socioafectividad+en+el+C%C3%B3digo+&sxsrf=ALiCzsauoIIBxdynoxHR4U3HzVc1aaZpw%3A1657509640985&ei=CjflYpzkO8uwkvQPzviR8Ao> [consultada el 02 de julio de 2022].

WELTER, B P., «Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva», *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, 2002, pp. 128-163.

## II. Fuentes normativas:

Código de las familias, aprobado en el IX periodo de sesiones de la Asamblea Nacional del Poder Popular de la IX Legislatura, el 22 de julio de 2022 y aprobado por referéndum popular el 25 de septiembre de 2022, publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Ordinaria, No. 99, de 27 de septiembre de 2022.

## III. Fuentes jurisprudenciales:

Sentencia de 10 de agosto de 2021, San Ramón de la Nueva Orán, en la provincia de Salta, República Argentina, jueza: Ana María Carriquiry, Caso P. c/ D., sobre impugnación de filiación, disponible en <https://www.saij.gov.ar> [consultado el 10 de julio de 2022].

Caso L. F. F. *vs.* S. C. O., sobre filiación, Juzgado Civil en Familia y Sucesiones, Monteros, Tucumán; 07/02/2020 (jueza: Mariana Rey Galindo); Rubinzal Online; 659/2017 RC J 436/20.

Sentencia del Juzgado Nacional civil no. 7, Buenos Aires, de 22 de junio de 2022 (jueza: Myriam M. Cataldi), disponible en <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/103/569/000103569.pdf> [consultado el 15 de julio de 2022].



# Consorzi familiari non convenzionali, multiparentalità e autonomia negoziale

*Valentino Ravagnani*

**ABSTRACT:** L'articolo raccoglie alcune prime note di una ricerca che si snoda lungo due convergenti direttrici. Si analizzano, da un lato, i mutamenti teorici e fenomenologici che hanno interessato l'istituto familiare e, dall'altro, l'attuale perimetro di disponibilità delle relazioni familiari. I due piani si congiungono intorno al fenomeno degli accordi di multiparentalità, nei quali la volontà privata si eleva a fonte costitutiva di rapporti di filiazione.

**RESUMEN:** El artículo reúne algunas notas iniciales sobre una investigación que sigue dos líneas convergentes. Analiza, por un lado, los cambios teóricos y fenomenológicos que han afectado a la institución familiar y, por otro, el perímetro actual de disponibilidad de las relaciones familiares. Ambos niveles confluyen en torno al fenómeno de los acuerdos de multiparentalidad, en los que la voluntad privada se eleva a fuente constitutiva de la de filiación.

**SOMMARIO:** 1. Dalla mimesi alla poiesi: alcune coordinate evolutive dell'istituto familiare. – 2. La multiparentalità: nozione, principi e forme. – 3. L'autonomia negoziale a contenuto non patrimoniale nel diritto delle famiglie. – 4. Gli accordi di multiparentalità: inquadramento del tema. L'accordo come fonte costitutiva di rapporti di filiazione e, con ciò, strumento conformativo del consorzio familiare.

## 1. Dalla mimesi alla poiesi: alcune coordinate evolutive dell'istituto familiare

Cosa debba intendersi per “famiglia” è quesito che non cessa di riproporsi. Il concetto, nel progredire storico e teorico, si è mostrato pro-teiforme e sfuggivo, coinvolgendo i moti d'animo più intimi e il loro aggregarsi in coefficienti sociali<sup>1</sup>. Lo stesso rapporto tra diritto e famiglia appare tortuoso, ondivago e viziato da un equivoco<sup>2</sup> di fondo.

Inibito da un certo *metus reverentialis*, il giurista si è accostato con rispettosa soggezione a un istituto che involge un coagulo di tradizione e precetti religiosi sí denso da essere assunto come pregiuridico<sup>3</sup>. Risuona qui la vocazione rinunziativa impressa dal pensiero di Savigny, che assegnava alla legge un ruolo di mera ratifica di precetti naturali e morali<sup>4</sup>, poi condensata nell'immagine di Jemolo della famiglia come isola che il mare del diritto può solo lambire poiché la sua essenza non gli appartiene<sup>5</sup>. Anche rimanendo dentro questa concezione, tuttavia, l'equazione tra naturalità e immutabilità sarebbe imprecisa: in Savigny, infatti, la morale è manifestazione del *Volkgeist* e, come tale, almeno geograficamente variabile<sup>6</sup>; lo stesso Jemolo, poi, non nega l'evolversi del diritto sull'onda del costume<sup>7</sup>.

In ciò sta l'equivoco: la famiglia non è concetto assoluto e a-storico bensí un prodotto culturale – dunque giuridico – relativo e storico, a

<sup>1</sup> Evidenti i riferimenti alla prosa di JEMOLO, A. C., «La famiglia e il diritto», in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, III, Napoli, 1949, pp. 3, 5. Del matrimonio come “segno polisemantico” parla LO CASTRO, G., «Moderne incertezze sul matrimonio», *Iustitia*, 1999, p. 539.

<sup>2</sup> Cfr. SARACENO, C., *L'equivoco della famiglia*, Laterza, Bari, 2017.

<sup>3</sup> Allusioni a “regole e limiti che sono (...) nella natura delle cose” possono ancora scovarsi in RESCIGNO, P., «La comunità familiare come formazione sociale», in ID, *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 365; il riferimento a una “realtà previa” torna, trasmutato nel senso dell'accettazione dell'eterogeneità del fenomeno alla luce del pluralismo, in GARCÍA RUBIO, M. P., «¿De qué debemos hablar cuando hablamos de familia?», in ABAD TEJERINA, P. (Coord.), *Derecho de familia. Homenaje a Encarnación Roca Trias: la jurista que se adelantó a su tiempo*, Sepin, Madrid, 2021, p. 286.

<sup>4</sup> MARELLA, M. R., MARINI, G., *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Laterza, Bari, 2014, pp. 19 ss.

<sup>5</sup> JEMOLO, A. C., *op. cit.*, p. 22; la rivoluzione deontica apportata dalla Costituzione viene ivi ridotta a insieme di “affermazioni vaghe e spunti programmatici”.

<sup>6</sup> MARELLA, M. R., MARINI, G., *op. cit.*, pp. 21, 28, 29.

<sup>7</sup> JEMOLO, A. C., *op. cit.*, pp. 4-6, assieme al manierismo dei richiami alla tradizione e ai mutamenti delle concezioni sociali.

carattere ideologico e politico<sup>8</sup>. Non v'è spazio per statuti irreversibili<sup>9</sup>. La stessa, echeggiata, pretesa di astensione non era un'operazione neutra, bensì una scelta intenzionale di suggellare e proteggere uno specifico modello – la famiglia matrimoniale, indissolubile, eterosessuale, bilaterale – che ereditava dalla prassi un preciso piano distributivo dei poteri incentrato sulla supremazia del marito<sup>10</sup>. Si comprendono, così, gli sforzi interpretativi appuntatisi sull'art. 29 Cost., la cui declamazione di una “società naturale” andrebbe intesa non come mimesi di un paradigma innato bensì come rinvio mobile al contesto giuridico-sociale<sup>11</sup>. Va inoltre considerato che alla soluzione – compromissoria – della norma compete un movente reattivo verso l'exasperazione di marca fascista dell'intervento giuspubblicistico statale proprio della c.d. “fase sociale” del primo XX secolo<sup>12</sup>. Possono, dunque, fissarsi due punti. Non c'è nulla di naturale nell'idea di famiglia, poiché di costante v'è solo la sua mutevolezza<sup>13</sup>; il diritto svolge, sul tema, un ruolo poietico attivo e le pretese di neutralità costituiscono una distorsione ideologica<sup>14</sup>.

<sup>8</sup> MARELLA, M. R., MARINI, G., *op. cit.*, pp. 3, 19, 58, 59, 64.

<sup>9</sup> BARBA, V., «Familias recompuertas y Derecho de sucesiones: Una posible propuesta de regulación», *Revista de Derecho Civil*, 2022, p. 160.

<sup>10</sup> Queste le principali “ombre” del saggio di Jemolo acutamente evidenziate da PATTI, S., «La famiglia: dall'isola all'arcipelago», *Riv. dir. civ.*, 2022, p. 510; di “preservazione dello *status quo*” parlano MARELLA, M. R., MARINI, G., *op. cit.*, pp. 8, 12. In giurisprudenza, v. almeno Corte Cost. 19 dicembre 1968, n. 127, *Foro it.*, 1969, I, 4.

<sup>11</sup> Per tutti, RODOTÀ, S., «La riforma del diritto di famiglia alla prova», in *Politica del diritto*, 1975, pp. 661 ss. Così intesa, alla norma potrebbe competere l'intento di promuovere – mutuando una fortunata espressione impiegata ad altri fini – “un adeguamento della situazione di diritto alla situazione di fatto”: v. SANTORO PASSARELLI, F., *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 2012, p. 114.

<sup>12</sup> Evidenti riferimenti nella Relazione sulla Famiglia del deputato CORSANEGO C., I Sottocommissione dell'Assemblea Costituente, p. 53, in [http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/relaz\\_proposte/I\\_Sottocommissione/07nc.pdf](http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/relaz_proposte/I_Sottocommissione/07nc.pdf), consultato il 4.1.2023; cfr. CAGGIA, F., «Capire il diritto di famiglia attraverso le sue fasi», *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1574.

<sup>13</sup> Efficace l'analisi di MATERA, V., «L'antropologo: perché la famiglia naturale non esiste», [https://27esimaora.corriere.it/articolo/lantropologoperche-la-famiglia-naturale-non-esiste/?refresh\\_ce-cp](https://27esimaora.corriere.it/articolo/lantropologoperche-la-famiglia-naturale-non-esiste/?refresh_ce-cp), consultato il 9.9.2022. Più timido, evocando un “compromesso tra natura e cultura” è ROULAND, N., *Antropologia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 398.

<sup>14</sup> Si richiama l'immagine dello Stato “moderno” come “burattinaio che vuol manovrare da solo tutti i fili del sociale” coniata da GROSSI, P., «Un diritto senza Stato (La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)», *Quaderni fiorentini*, 1996, p. 271. Il “paradosso” di uno Stato che, limitandosi formalmente a ratificare un ordine preesistente, agisce come “*faber* di strutture che intende

Ciò posto, il contesto attuale, consegnato dalla legalità costituzionale, pare illuminato da (almeno) due marcatori, entrambi radicati nell'art. 2 Cost.: i diritti fondamentali della persona e il pluralismo dei modelli familiari.

Il personalismo, in particolare, pone le formazioni sociali in posizione servente rispetto al singolo, subordinandole funzionalmente allo svolgimento della personalità<sup>15</sup>, con ciò "sgretolando" l'idea di un interesse superiore del consorzio<sup>16</sup> annidata nel riferimento all'unità familiare contenuto all'art. 29 Cost.<sup>17</sup>. Sono queste le premesse della c.d. "privatizzazione del diritto di famiglia", indice riassuntivo dell'intreccio tra istanza egualitaria e titolarità dei diritti fondamentali che, unite in senso solidaristico<sup>18</sup>, si pongono a principi costitutivi della famiglia come unione basata sul consenso<sup>19</sup> e sugli affetti<sup>20</sup>.

V'è però un punto sdruciolevole, giacché lo sviluppo della personalità (individuale) si compie in una dimensione collettiva<sup>21</sup>, che reclama attenzioni conservative massimamente nella sua proiezione

---

forgiare e mantenere secondo un suo disegno" è evidenziato da ZATTI, P., «*Familia, familiae* – Declinazioni di un'idea. La privatizzazione del diritto di famiglia», *Familia*, 2002, pp. 14, 15. Deve perciò dirsi «definitivamente tramontato il mito della purezza dell'approccio giuridico»: così BARBA, V., «La teroia tridimensionale del diritto. La persona e il suo progetto di vita», in SESSAREGO, C. F., *Il diritto come libertà. Lineamenti per una determinazione ontologica del diritto*, a cura di Vincenzo Barba, Quodlibet, Macerata, 2022, p. 15. V. anche MATTEI, U., «Etnocentrismo, neutralità e discriminazione. Tensioni nel diritto occidentale», *Giur. it.*, 1994, pp. 223 ss.

<sup>15</sup> PERLINGIERI, P., *Manuale di diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, p. 54.

<sup>16</sup> Così MENGONI, L., «L'impronta del modello canonico sul matrimonio civile nell'esperienza giuridica e nella prassi sociale attuale nella cultura europea», *Jus*, 1998, pp. 457, 464. Imprescindibile il rinvio a PERLINGIERI, P. «Persona e comunità familiare» e ID, «Riflessioni sull'«unità della famiglia»», in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi di diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, pp. 385 ss. e 401 ss.

<sup>17</sup> Con ciò, possono avanzarsi perplessità sul "rapporto di implicazione" tra esigenze della famiglia e interessi dei singoli componenti, prospettato da PARADISO, M., *I rapporti personali tra i coniugi. Artt. 143-148, in Cod. civ. comm.* Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1990, p. 23 e ripresa da ZATTI, P., *op. cit.*, p. 34, almeno laddove esso fa riemergere una pretesa di "unità del gruppo" per derivarne un obbligo "scontato" di coabitazione. Cfr., da ultima, Trib. Catanzaro 433/2019.

<sup>18</sup> PALAZZO, A., *La filiazione*, in *Trattato dir. civ. e comm.* Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2013, p. 528.

<sup>19</sup> RESCIGNO, P., *op. cit.*, pp. 364, 365.

<sup>20</sup> Sul punto, nonché, in generale, sulla privatizzazione del diritto di famiglia, v. ZATTI, P., *op. cit.*, pp. 28 ss.

<sup>21</sup> GALVIS ORTIZ, L., *Pensar la familia de hoy*, Aurora, Bogotá, 2011, p. 88.



verticale. In quest'ottica, la rivoluzione deontica delle carte costituzionali ha accompagnato alla perequazione dei rapporti familiari orizzontali una crescente centralità del minore<sup>22</sup>. Così, la crisi del modello autoritario faceva inclinare l'istituto verso la responsabilità e la funzione di cura del genitore<sup>23</sup>. Su questa china, la proclamazione in sede internazionale ed europea<sup>24</sup> dei diritti del fanciullo e, a seguire, il progressivo ricorso della giurisprudenza al *best interest of the child*<sup>25</sup> hanno spostato il baricentro verso la relazione di filiazione<sup>26</sup>. Il migliore interesse del minore è divenuto quindi criterio direttivo fondamentale delle dinamiche familiari, concorrendo con le prerogative individuali degli altri componenti. Ciò, secondo alcuni, avrebbe fatto riemergere, sotto altre spoglie, il tratteggio "interesse superiore della famiglia", rinsaldando l'unità del consorzio<sup>27</sup> e accreditando un interesse – superindividuale – alla stabilità della formazione sociale<sup>28</sup>, foriero di pervasivi interventi esterni. Può tuttavia replicarsi che la misura dell'echeggiato concorso non può risolversi semplicisticamente nell'assoluta prevalenza del primo sui secondi: il principio impone di muovere dall'interesse della prole ma richiede comunque un bilanciamento secondo ragionevolezza<sup>29</sup>. Non si è, dunque, in antitesi col paradigma

---

<sup>22</sup> PALAZZO, A., *op. cit.*, pp. 525 ss.

<sup>23</sup> V. TRABUCCHI, A., «La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità», *Riv. dir. civ.*, 1982, pp. 600, 601 e 613 ss.; MANTOVANI M., «I fondamenti della filiazione», in *Tratt. dir. fam.* Zatti, II, *Filiazione*, a cura di COLLURA G., LENTI L., MANTOVANI, M., Giuffrè, Milano, 2012, pp. 16, 17.

<sup>24</sup> La CEDU (art. 8), la Dichiarazione dei diritti del fanciullo delle Nazioni Unite, la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (art. 3), la Carta di Nizza (art. 24).

<sup>25</sup> GARCÍA RUBIO, M. P., «Qué es y para qué sirve el interés del menor», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, pp. 16 ss.; con toni critici, per l'opacità della clausola, LENTI, L., «Note critiche in tema di interesse del minore», *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 86 ss.; cfr. BIANCA, M. (a cura di), *The best interest of the child*, Sapienza Università Editrice, Roma, 2021.

<sup>26</sup> V., da ultimo, LONARDO, L., «The best interest of the child in the case law of the Court of Justice of the European Union», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2022, pp. 596 ss.

<sup>27</sup> PARADISO, M., *op. cit.*, pp. 41, 42.

<sup>28</sup> RESCIGNO, P., *op. cit.*, pp. 363-366.

<sup>29</sup> Lo sottolinea SCALISI, V., «Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto», *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 405 ss., il quale alla premessa che "per sua stessa natura ed essenza il diritto è contemperamento di interessi" accompagna l'insostenibilità di "una concezione monistica dell'esistenza, che sconosca il valore della compresenza dell'altro"; il minore non è un "atomo isolato" bensì un soggetto inserito in una "rete" di "legami esistenzialmente significativi" e "la rete esclude la piramide, esclude ogni esclusività o superiorità o preminenza in senso gerarchico e invece

consensualistico, restaurando una pubblicizzazione della materia<sup>30</sup>; si giustifica, al più, un temperamento dell'autonomia<sup>31</sup>, peraltro attenuato dal crescente coinvolgimento in ossequio al suo diritto all'ascolto del minore e alla sua autodeterminazione progressiva<sup>32</sup>.

Il secondo marcatore dell'assetto attuale è il disegno pluralista<sup>33</sup> consegnato dalle carte costituzionali<sup>34</sup>. Il rapporto, più che di consonanza, è propriamente di derivazione: la famiglia è "funzione della persona" e non può far altro che riverberarne la fisiologica eterogeneità, assicurando pari dignità ai diversi modelli<sup>35</sup>. Sul piano teorico, non senza resistenze<sup>36</sup>, la famiglia matrimoniale perde di esclusività e i termini del binomio si scindono. Cadono, in sequenza, i "dogmi" del matrimonio, dell'indissolubilità del vincolo e dell'eterosessualità<sup>37</sup>, mentre il riconoscimento delle convivenze di fatto promuove l'accreditamento di nuovi consorzi<sup>38</sup>. Sul piano formale, tuttavia, la famiglia matrimoniale conserva una posizione privilegiata, col paradosso che, pur dimostrata la fallacia dell'*imitatio naturae* di cui all'art. 29, i nuovi

---

richiama un'altra idea, quella di centralità dell'interesse del minore". Concorda GARCÍA RUBIO, M. P., *op. ult. cit.*, pp. 24-28. Si temperano perciò i richiami a un interesse superiore, beneficiario di una "considerazione preminente". Il termine "*primary*", di cui all'art. 3 della Convenzione di New York, va inteso in senso letterale come prescrittivo di un esame "prioritario", per non scadere in una "tirannia valoriale": così SENIGAGLIA, R., «I principi e le categorie del diritto civile minorile», in CORDIANO, A., SENIGAGLIA, R., *Diritto civile minorile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022, pp. 41, 42.

- <sup>30</sup> Indicativo il punto di ZOPPINI, A., «L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo», *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 224, secondo cui "dall'inderogabilità della disciplina posta a tutela del minore (...) non può certo desumersi una norma che precluda la validità della regola convenzionale che tali interessi non pregiudichi".
- <sup>31</sup> Di "restringimento" parla BERNAL SUÁREZ, J. B., *Derecho humano a la familia. Retos y alcances en el siglo XXI*, Gedisa, Barcellona, 2017, p. 65.
- <sup>32</sup> Cfr. PÉREZ GALLARDO, L., «Autonomía progresiva y capacidad para testar de las personas menores de edad», in ID., *El derecho de sucesiones que viene*, Olejnik, Santiago, 2020; SENIGAGLIA, R., *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Giapichelli, Torino, 2020.
- <sup>33</sup> RESCIGNO, P., *op. cit.*, pp. 348 ss.; cfr. in particolare p. 354.
- <sup>34</sup> Art. 2 Cost, art. 9 Carta di Nizza, art. 12 CEDU.
- <sup>35</sup> SCALISI, V., «Famiglia e famiglie in Europa», *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 8-10.
- <sup>36</sup> Di «spoliazione» parla DALLA TORRE, G., «Famiglia senza identità?», *Iustitia*, 2012, p. 127.
- <sup>37</sup> Un *favor* per la coppia eterosessuale permane nella l. n. 76/2016, che non associa all'unione civile il termine "famiglia", e nella l. 40/2004, la cui scelta di escludere la coppia omoaffettiva dalla PMA eterologa è ancora giustificata da una pretesa maggiore idoneità del consorzio eterosessuale a crescere il nato: v. Corte cost. 221/2019.
- <sup>38</sup> V. la sintesi di BARBA, V., *op. cit.*, pp. 158, 159

consorzi ne auspicherebbero l'assimilazione<sup>39</sup>. Sotto questa lente devono ancora leggersi le aperture dottrinali e giurisprudenziali che, alcuni lustri orsono, pur riconoscendo uno sgretolamento del paradigma tradizionale, individuavano nello schema dell'art. 29 un valore "vincolante" e "orientante"<sup>40</sup>, sí da sbiadire la pari dignità in mera vicinanza concettuale. Dall'immagine dell'isola si passava a quella dell'arcipelago, che tuttavia conosceva un atollo principale, la famiglia matrimoniale, e agglomerati minori, i "rapporti parafamiliari"<sup>41</sup>.

I tempi sono maturi per un ripensamento del concetto di famiglia in senso paritario, senza gradazioni, riconducendo la pluralità delle relazioni affettive sotto una nozione unitaria, sebbene variegata<sup>42</sup>. Non dimeno, per non naufragare nell'inconsistenza teorica, possono porsi, in chiusura, due *caveat*. Il primo luogo, il pluralismo non può esasperarsi fino ad attribuire alle dinamiche sociali valore legittimante in sé, relegando il diritto a mero, indifferente, ratificatore<sup>43</sup>. Se così fosse, la scienza giuridica vedrebbe dissolversi per sopravvenuta indeterminazione un suo oggetto<sup>44</sup> (l'istituto familiare) e abdicerebbe alla propria funzione deontica, mettendo a rischio l'effettiva attuazione degli stessi valori costituzionali<sup>45</sup>. Questioni centrali rimangono, dunque, l'apposizione di – pur mobili – confini disciplinari e la correlativa distinzione, in base ai principi identificativi del sistema, tra ciò può definirsi famiglia e ciò che ne resta fuori<sup>46</sup>. Infine, una compiuta parificazione delle comunioni di vita, nella loro eterogeneità, impone di indagare le peculiari esigenze di tutela di ciascuna di esse, evitando che usi impropri

---

<sup>39</sup> ZATTI, P., *op. cit.*, pp. 17-19; v. BUSNELLI, F. D., «La famiglia e l'arcipelago familiare», *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 520.

<sup>40</sup> ZOPPINI, A., «Tentativo d'inventario per il "nuovo" diritto di famiglia: il contratto di convivenza», in MOSCATI, E., ZOPPINI, A. (a cura di), *I contratti di convivenza*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 7.

<sup>41</sup> BUSNELLI, F. D., *op. cit.*, pp. 523, 524, 529; v. Corte cost., 27 ottobre 1994, n. 372 e, *inter alia*: Cass. Sez. Un., 1 luglio 2002, n. 9556 in *dejure.it*; Cass., 27 settembre 2018, n. 23184 in *dejure.it*; Trib. Catanzaro, 10 ottobre 2022, n. 1430 in *dejure.it*.

<sup>42</sup> Così PATTI, S., *op. cit.*, p. 516.

<sup>43</sup> Merita ricordare, con BARBA, V., *La teoria tridimensionale*, cit., p. 16, che «Il diritto non è né realismo ontologico, né pura logica, né sistema valoriale. Ciascuno e tutti nella stretta interrelazione spiegano l'oggetto e il senso del diritto».

<sup>44</sup> ZATTI, P., *op. cit.*, p. 16.

<sup>45</sup> Lo rileva, acutamente, SCALISI, V., *op. cit.*, pp. 21, 22.

<sup>46</sup> BUSNELLI, F. D., *op. cit.*, p. 515.

del principio di eguaglianza conducano all'appiattimento e restaurino, surrettiziamente, la primazia del modello tradizionale<sup>47</sup>.

## 2. La multiparentalità: nozione, princípi e forme

Nonostante alcune commendevoli aperture giurisprudenziali, sovente propiziate dal ricorso al *best interest of the child*<sup>48</sup>, molteplici sono le famiglie che reclamano riconoscimento e tutele adeguate<sup>49</sup>. Tra esse, alcune sfidano, con diverse intensità, l'ultimo tratto residuo del paradigma tradizionale: la bilateralità<sup>50</sup>. Lo schema binario è rotto nella monoparentalità, nella poligamia, nel poliamore, nelle famiglie ricomposte e nella multiparentalità.

L'ultimo modello, su cui si soffermerà l'attenzione, pare connotarsi di una proiezione primariamente verticale, giacché la dilatazione del consorzio è orientata nel senso di un aumento dei componenti dell'ufficio genitoriale<sup>51</sup>. Volendone offrire una prima definizione, la multiparentalità può intendersi come formula riassuntiva delle ipotesi in cui un soggetto è legato da vincoli giuridici di filiazione a piú di due figure

<sup>47</sup> Parlano di "effetto assimilazionista" MARELLA, M. R., MARINI, G., *op. cit.*, p. 92; v. PATTI, S., *op. cit.*, p. 518; BUSNELLI, F. D., *op. cit.*, p. 523, 524

<sup>48</sup> In generale, v. da ultima Trib. min. Bologna, 17 giugno 2022 n. 86, per cui: "la relazione affettiva tra due persone dello stesso sesso (...) costituisce a tutti gli effetti una "famiglia" (...), senza che il mero fattore «omoaffettività» possa costituire ostacolo formale"; che l'interesse del minore sia fattore propulsivo della "sanatoria *ex post*" di schemi non disciplinati o addirittura vietati è evidenziato da CAGGIA, F., *op. cit.*, p. 1588; emblematica è la consolidata non contrarietà all'ordine pubblico internazionale del riconoscimento dell'atto di nascita straniero attributivo di genitorialità a entrambi i componenti della coppia omoaffettiva che abbia ricorso all'estero a PMA eterologa, per cui si rinvia all'efficace quadro tratteggiato da BARBA, V., "Tecniche procreative, genitorialità e interesse del minore", in CORDIANO, A., SENIGAGLIA, R., *op. cit.*, pp. 141 ss.

<sup>49</sup> Per tutti, v. GARCÍA RUBIO, M. P., *¿De qué debemos hablar*, cit., pp. 279 ss.

<sup>50</sup> Cfr. MARELLA, M. R., MARINI, G., *op. cit.*, p. 113.

<sup>51</sup> Così il fenomeno si distacca dal poliamore, in cui i *partners* sono legati da relazioni di natura romantica ed erotica: cfr. AVIRAM, H., «Make Love, Now Law: Perceptions of the Marriage Equality Struggle Among Polyamorous Activists», *Journal of Bisexuality*, 2008, p. 263; il punto è chiarito da PÉREZ GALLARDO, L., «La multiparentalidad en el derecho familiar cubano: una opción posible», in PÉREZ GALLARDO, L., HERAS HERNÁNDEZ, M. d. M., *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2022, p. 205.

genitoriali<sup>52</sup>. Il tema, fatalmente, esorta e impone un ripensamento critico del concetto di filiazione e di alcuni suoi postulati teorici. Si può muovere da alcune premesse.

La procreazione, nella sua materialità, porta seco una domanda di cura del nato<sup>53</sup>, che tanto il dato empirico quanto la teoria dimostrano potersi soddisfare ad opera di soggetti estranei a qualsivoglia discendenza di sangue<sup>54</sup>. Ricostruendo la genitorialità come esercizio effettivo di una funzione di cura<sup>55</sup>, la letteratura ha promosso una progressiva considerazione della dimensione socioaffettiva<sup>56</sup> della relazione paterno-filiale, demistificando l'idea che il concetto di famiglia debba ridursi a una legalizzazione dei (soli) legami biologico-genetici<sup>57</sup>. Dalla rottura della corrispondenza biunivoca tra legale e biologico-genetico emergono due concorrenti "programmi di verità"<sup>58</sup>, che consentono l'emancipazione del concetto di filiazione da un "essenzialismo genetico"<sup>59</sup>.

---

<sup>52</sup> Ciò consente di distinguere la figura da quelle, limitrofe, di co-maternità e co-paternità, nonché dai casi in cui a una coppia di genitori si accompagnano relazioni affettive altre, quali i "rapporti significativi" con gli ascendenti, i "contatti" col *partner* (o *l'ex partner*) di un genitore o i rapporti con la famiglia affidataria: v. rispettivamente CASSETTARI, C., *Multiparentalidad e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*, Atlas, San Paolo, 2014, pp. 159, 160; RIZZUTI, M., «Adozioni e poligenitorialità», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, pp. 653, 654.

<sup>53</sup> *Supra*, nota 23.

<sup>54</sup> Della funzione genitoriale come "parzialmente indipendente dalla generatività biologica" parla SIMONELLI, A., *La funzione genitoriale*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2014, p. 10.

<sup>55</sup> Espressamente, VARSÌ ROSPIGLIOSI, E., CHAVES, M., «La multiparentalidad. La pluralidad de padres sustentados en el afecto y en lo biológico», *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, 2018, pp. 141, 142.

<sup>56</sup> La terminologia è di conio brasiliano e inerisce alla più ampia teoria di WELTER, B. P., *Teoria Tridimensional do Direito de Família*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2009; v. HERRERA, M., «La noción de socioafectividad como elemento "rupturista" del derecho de familia contemporáneo», *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2014, pp. 75 ss

<sup>57</sup> Cfr. WELTER, B. P., «Teoria tridimensional no Direito de Família: reconhecimento de todos os direitos das filiações genética e socioafetiva. Decisão comentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul», *Revista do Ministério Público do RS*, 2008-2009, p. 23.

<sup>58</sup> L'espressione è presa da VEYNE, P., «I greci hanno creduto ai loro miti?», Il Mulino, Bologna, 2005, p. 113 ss. e diffusamente; la si è scelta perché ritenuta efficace nell'evidenziare tanto l'artificialità quanto il carattere "interessato" del costruito.

<sup>59</sup> HENDRICKS, J. S., «Genetic Essentialism in Family Law», *Health Matrix: Journal of Law-Medicine*, 2016, p. 109: il riferimento è preso da VARSÌ ROSPIGLIOSI, E., CHAVES, M., *op. cit.*, p. 143, che discorrono di "totalitarismo biologico".

Una delle sfide correnti del diritto delle famiglie risiede, pertanto, nell'indagare il rapporto e nel proporre la giusta composizione tra i piani biologico-genetico e intenzionale-socioaffettivo<sup>60</sup>.

In estrema sintesi, può dirsi che la risoluzione del concorso in termini di secca alternatività risulta inappagante da ambo i sensi. Un canone di assoluta prevalenza della verità biologica sarebbe quantomeno anacronistico<sup>61</sup>. Ragionando in astratto, è sufficiente porre mente all'ipotesi in cui un soggetto, ritenendo erroneamente di essere il padre biologico, svolga continuativamente per diversi anni l'ufficio genitoriale per poi veder provata da altri la discendenza genetica diretta col (supposto) figlio: ciò solo basterebbe a porre nel nulla giuridico un consolidato legame affettivo e a produrre, dal lato della prole, una "successione di genitori", quasi come se si trattasse della novazione di un'obbligazione<sup>62</sup>. Beninteso, tale scenario è fortemente contenuto dai limiti temporali e di legittimazione vigenti per le azioni di stato, che testimoniano come dal mancato rango costituzionale dell'interesse alla verità biologica derivi la programmatica negazione di un "valore

---

<sup>60</sup> Il binomio sconta una semplificazione: quanto al primo termine, il progresso scientifico ha sancito la non equipollenza tra maternità genetica e biologica nei casi di GPA e di *mitochondrial manipulation technologies* (MMT): v. rispettivamente GARCÍA RUBIO, M. P., «Un niño o una niña pueden tener más de dos madres o de dos padres. Hacia el reconocimiento jurídico de la multiparentalidad», in SOLE RESINA, J. (coord.), *Persona, familia y género. Liber amicorum a Ma del Carmen Gete-Alonso y Calera*, Atelier, Barcellona, 2022, p. 212 e DAAR, J., «Multi-Party Parenting in Genetics and Law: a View from Succession», *Family Law Quarterly*, 2015, pp. 72-77; quanto al secondo, la GPA, la fecondazione eterologa e, tra gli altri, gli accordi di multiparentalità dimostrano la possibile dissociazione tra genitorialità d'intenzione e vincoli socioaffettivi: *infra*, § 4.

<sup>61</sup> Cfr. V. BARBA, «Familias reconstituidas, multiparentalidad y sucesiones: nuevos retos», in PÉREZ GALLARDO, L., HERAS HERNÁNDEZ, M. d. M., *op. cit.*, p. 478; lo squilibrio si è avvertito, ad esempio, in materia di obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne non autosufficiente, che l'art. 337-ter circoscrive al solo genitore biologico. Tale inappagante rigidità ha portato la giurisprudenza a temperarne l'entità in caso di sopravvenuta adozione da parte del nuovo marito della madre, con conseguente stabile inserimento in un nuovo contesto familiare in cui si provveda di fatto continuativamente alle esigenze quotidiane dell'adottato: così Cass., 27 marzo 2020, n. 7555 in *dejure.it*; v. SESTA, M., AL MUREDEN, E., BUGETTI, M. N., «Le nuove genitorialità nell'esperienza italiana», in PÉREZ GALLARDO, L., HERAS HERNÁNDEZ, M. d. M., *op. cit.*, p. 236.

<sup>62</sup> La suggestiva immagine è impiegata da PÉREZ GALLARDO, L., «La multiparentalidad en el derecho familiar cubano: una opción posible», in PÉREZ GALLARDO, L., HERAS HERNÁNDEZ, M. d. M., *op. cit.*, p. 210.

indefettibilmente eminente (...) rispetto a quella legale”<sup>63</sup>. In questo senso, il doveroso contemperamento del *favor veritatis* col *favor minoris* si risolve nel senso di tutelare l’unicità dello *status filiationis*, preservando la stabilità dei legami affettivi e personali sviluppatasi quali componenti essenziali dell’identità personale del figlio. Il quadro normativo, dunque, riflette un bilanciamento che non patrocina una necessaria correlazione tra lo sviluppo armonico della persona e la discendenza genetica, aprendo a ipotesi di prevalenza della genitorialità sociale<sup>64</sup>. Cionondimeno, il regime descritto, oltre a offrire un riconoscimento ancora insufficiente della socioaffettività, pare scontare, a monte, una rigidità nel senso inverso. Difatti, esso risulta comunque governato da una regola di alternatività. In particolare, per le ragioni anzidette, il discorso risulta inquadrabile sotto la lente non tanto del binomio tra le dimensioni biologico-genetica e socioaffettiva quanto di quello tra dato legale/formale e dato reale/sostanziale. Sebbene il sistema conosca una certa commutabilità dei fattori, potendo il primo termine riempirsi sia di contenuto biologico-genetico che socioaffettivo (e il secondo, naturalmente, assumere entrambe le fisionomie), esso sembra tuttavia stigmatizzare qualsiasi effettiva dissociazione tra forma e sostanza. Ad essa, in altre parole, si attribuisce un valore perturbativo dell’equilibrio psicologico ed emotivo necessario al pieno sviluppo della persona che giustifica un canone di mutua esclusività<sup>65</sup>.

Un esempio può giovare. Si pensi all’ipotesi in cui un figlio venga a conoscenza che il soggetto indicato come padre nell’atto di nascita non è il suo genitore biologico: ebbene, egli si trova nell’angosciosa alternativa tra l’esperire le azioni di disconoscimento della paternità o di impugnazione del riconoscimento, con ciò recidendo i rapporti giuridici col padre sociale, e il limitarsi alla mera tutela informativa offerta dall’esercizio del diritto a conoscere le proprie origini<sup>66</sup>. La soluzione muove dal presupposto – *rectius*, dalla congettura – che il riconoscimento congiunto di entrambe le genitorialità sia contrario al benessere

---

<sup>63</sup> Cass., 30 maggio 2013, n. 13638 in *dejure.it*.

<sup>64</sup> Cass. 31672/2022 in *dejure.it*; Cass. 30403/2021 in *dejure.it*; Cass. 4791/2020 in *dejure.it*; Cass. 26767/2016 in *dejure.it*; Corte Cost. 272/2017 e 127/2020 in *De jure*; cfr. PERLINGIERI, P., *Manuale di diritto civile, cit.*, p. 1087.

<sup>65</sup> Così VARSÌ ROSPIGLIOSI, E., CHAVES, M., *op. cit.*, p. 154.

<sup>66</sup> Da ultimo, STANZIONE, M. G., «Il diritto di conoscere le proprie origini tra identità del figlio e autodeterminazione della madre», *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, pp. 5 ss.

della prole<sup>67</sup>. Tale assunto, oltre a essere contraddetto dalla legislazione<sup>68</sup>, è indimostrato in termini assoluti e risulta foriero di esiti paradossali. Lo testimonia il recente caso della bambina nata attraverso fecondazione eterologa da una coppia di età avanzata, che, dichiarata in stato di abbandono, veniva adottata da un'altra famiglia e alla quale rimaneva affidata – con definitiva sottrazione al nucleo d'origine – nonostante la prova dell'infondatezza dell'abbandono; essendo quest'ultima intervenuta all'esito di un annoso processo, la decisione veniva motivata dal fine di non compromettere i legami affettivi *medio tempore* sviluppatasi coi genitori adottivi<sup>69</sup>.

Ebbene, la multiparentalità come costruzione teorica nasce e si sviluppa proprio in risposta a tale domanda di giustizia<sup>70</sup>, postulando in via di principio un riallineamento con l'interesse superiore del minore nel senso non solo di un'astratta compatibilità<sup>71</sup> ma financo, ove se abbia la prova, di un obiettivo doveroso<sup>72</sup>.

L'ordinamento, del resto, non ignora *in toto* queste istanze. Lo testimonia la disciplina dell'adozione in casi particolari – che, tramite il rinvio dell'art. 55 l. ad. all'art. 300 c.c., mutua dall'adozione di

---

<sup>67</sup> *Ex multis*, sebbene lo si affermi solo all'esito di accertamenti in concreto: Cass., 26 dicembre 2016, n. 26767 in *dejure.it*; Cass., 23 settembre 2015, n. 18817 in *dejure.it*; Cass., 8 novembre 2013, n. 25213 in *dejure.it*.

<sup>68</sup> *Infra*, con riguardo all'adozione "aperta" o "mite".

<sup>69</sup> Ci si riferisce alla vicenda culminata nelle pronunce Cass., 14 febbraio 2018, n. 3594 e Cass., 19 gennaio 2018, n. 1431, in *Foro it.*, 2018, pp. 815 ss., con nota di CASABURI, G., «Molto rumore per nulla. Le tre volte in Cassazione di una pronuncia di adottabilità»; cfr. RUGGERI, A., SALAZAR, C., «Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone», *Consulta OnLine*, 2017, p. 146; v. SCALISI, V., *Il superiore interesse del minore*, cit., pp. 405 ss. Per inciso, che al *best interest of the child* si appellino i sostenitori di tesi differenti e financo opposte è evidenziato da FRELICH APPLETON, S., «Parents by the numbers», *Hofstra Law Review*, 2008, p. 14; ciò è senza dubbio favorito dal fatto che il principio si presenta come "idea intuitiva": v. GARCÍA RUBIO, M. P., *Qué es y para qué sirve el interés del menor*, cit., p. 19.

<sup>70</sup> Emblematica la decisione del Tribunale Supremo Brasiliano STF, Tribunal Pleno, RE 898.060-SC, Rel. Min. FUX, L., j. 22/09/2016, che ha sancito la piena compatibilità della multiparentalità con l'ordinamento brasiliano: v. ELIAS, I. P., *Multiparentalidade: alguns reflexos de seu reconhecimento no âmbito do direito de família*, PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2017, pp. 68 ss.

<sup>71</sup> Così CHAVES, M., «Famílias mosaico, socioafetividade e multiparentalidade: breve ensaio sobre as relações parentais na pós-modernidade», *Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família - Famílias: Pluralidade e Felicidade*, 2015, pp. 150-151.

<sup>72</sup> Cfr. LIND, C., HEWITT, T., «Law and the complexities of parenting: parental status and parental function», *Journal of Social Welfare and Family Law*, 2009, pp. 402-405.



maggioresni la conservazione dei rapporti con la famiglia d'origine – nonché, massimamente, la c.d. adozione “aperta” o “mite”, variante coniata da fortunate convergenze giurisprudenziali<sup>73</sup>. Radicata nell'ipotesi *ex art. 44, lett. d)* l. ad., essa origina da un'interpretazione ampia del presupposto di “constatata impossibilità di affidamento preadottivo”, comprensiva anche delle situazioni di “semi-abbandono”, in cui i genitori d'origine, pur presentando insanabili deficienze educative, conservano un ruolo attivo e positivo, rendendo irragionevole il definitivo troncamento dei rapporti<sup>74</sup>. Ebbene, tale regime evidenzia che l'instaurazione di una pluralità di vincoli di filiazione, allo scopo di garantire la continuità dei rapporti affettivi è – senza automatismi – pienamente compatibile con l'interesse del minore<sup>75</sup>.

Indagare il modello multiparentale richiede, inoltre, un esame critico del rapporto col principio di bigenitorialità, intorno al quale pare annidarsi qualche equivoco. Com'è noto, la sedimentazione (se non “normalizzazione”) del fenomeno divorzile a partire dal 1970 ha consentito il progressivo superamento di una concezione necessariamente conflittuale dello scioglimento del vincolo coniugale. Con ciò, nel contesto di una variegata fenomenologia di ricomposizione dei nuclei familiari, il baricentro veniva opportunamente spostato verso l'interesse della prole alla stabilità e continuità dei legami affettivi<sup>76</sup>. Ad esso, la l.

---

<sup>73</sup> Mentre la Corte EDU (*inter alia*, CEDU, 21 gennaio 2014, *Zhou c. Italia*; 16 luglio 2015, *Akinnibosun c. Italia*; 13 ottobre 2015, *S.H. c. Italia*) condannava l'Italia per la violazione del principio di continuità familiare dovuta all'assenza di una disciplina domestica che consentisse la conservazione dei rapporti tra adottato e famiglia d'origine, il Trib. min. Bari, dal giugno 2003, partoriva l'istituto dell'adozione mite, su cui si rinvia al “decalogo” in Trib. min. Bari, 7 maggio 2008, con nota di CAFFARENA, S., «L'adozione “mite” e il “semiabbandono”: problemi e prospettive», *Fam. dir.*, 2009, pp. 398 ss.

<sup>74</sup> Sul punto v. BARBA, V., «Unione civile e adozione», *Fam. dir.*, 2017, pp. 392 ss.

<sup>75</sup> Cfr. TUCCARI, E., «L'adozione non può essere sempre ‘mite’», in AA.VV., *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, Giuffrè, Milano, 2020, pp. 141 ss.

<sup>76</sup> Cfr. AL MUREDEN, E., «Le famiglie dopo il divorzio tra libertà, solidarietà e continuità dei legami affettivi», in *Fam. dir.*, 2021, pp. 23 ss. e ID, «Il diritto del minore alla bigenitorialità ed il ruolo del terzo genitore nella prospettiva della famiglia ricomposta», in BIANCA, M. (a cura di), *The best interest of the child, cit.*, pp. 269 ss. Nel senso di un “capovolgimento” del sistema previgente, incentrato sull'affidamento esclusivo SCALISI, A., «Il diritto del minore alla “bigenitorialità” dopo la crisi o la disgregazione del nucleo familiare», *Fam. dir.*, 2007, pp. 520 ss. In generale, v. BIANCA, C. M.: «La nuova disciplina in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso: prime riflessioni», *Dir. fam. pers.*, 2006, pp. 676 ss.

54/2006, prima, e la riforma della filiazione, poi, accordavano centralità e tutela mediante la consacrazione del principio di bigenitorialità quale criterio di governo della crisi familiare, in ossequio agli obblighi assunti in sede internazionale<sup>77</sup>. La regola è dunque concepita per operare, nel contesto patologico, in chiave conservativo-riproduttiva della situazione antecedente alla rottura. Tuttavia, a ben vedere, la bigenitorialità può mancare nella fase fisiologica<sup>78</sup>. In queste ipotesi, il riconoscimento della filiazione socioaffettiva, presupposto centrale nella multiparentalità, si rivela un dispositivo per la ricostituzione di un consorzio duale<sup>79</sup>. Ad ogni modo, l'art. 337-ter c.c. suggella il diritto del figlio minore di "mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori e di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi". La terminologia è indicativa e nient'affatto ingenua. Anzitutto, come recentemente ribadito, la bigenitorialità è diritto del minore, la cui attuazione deve avvenire in aderenza al concreto interesse di questi<sup>80</sup>. Soprattutto, la norma, pur concepita in un contesto sociale manifestamente diversificato, conserva un'impronta duale, assumendo a presupposto implicito l'estensione massima dell'ufficio genitoriale nel numero di due soggetti. Si tratta di un retaggio della cultura (affermatasi come) dominante nella costruzione del concetto di famiglia fondato sul matrimonio e sulla biologia della procreazione<sup>81</sup>, da cui non poteva che derivare un *numerus clausus* di vincoli di filiazione<sup>82</sup>. Alla luce di queste premesse, la formula "bigenitorialità" può opportunamente rileggersi come un diritto alla massima conservazione delle relazioni affettive maturate in ambito

---

<sup>77</sup> *Supra*, nota 24.

<sup>78</sup> Basti pensare agli orfani, al mancato riconoscimento del figlio, all'anonimato materno, nonché, ove consentito, ai casi di c.d. monoparentalità elettiva, ove una donna acceda da sola all'adozione o a tecniche di riproduzione assistita: v. GARCÍA RUBIO, M. P., *Un niño o una niña*, cit., p. 211.

<sup>79</sup> Cfr. PÉREZ GALLARDO, L., *op. ult. cit.*, 205.

<sup>80</sup> Cass., 24 marzo 2022, n. 9691, in *Fam. dir.*, 2022, pp. 910 ss., con nota di DANOVÌ, F., «Diritto alla bigenitorialità e interesse del minore (per un definitivo rifiuto della sindrome di alienazione parentale)».

<sup>81</sup> FRELICH APPLETON, S., *op. cit.*, p. 11; PÉREZ GALLARDO, L., *op. ult. cit.*, pp. 197-200; sul "potere del numero due", PERALTA, M. L., «Filiaciones múltiples y familias multiparentales: la necesidad de revisar el peso de lo biológico en el concepto de identidad», *Derecho de Familia – Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2015, pp. 2, 3.

<sup>82</sup> Cosí BLANDILO, A., «Familias pluriparentales en la argentina: donde tres (¿o más?) no son multitud», in *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, p. 140.

familiare; la questione della compatibilità con la multiparentalità è, dunque, un non-problema (volendo, un errore di percezione), dato che, come si è visto, entrambe sono ipotesi astrattamente realizzative del superiore interesse del minore.

Concludendo con una breve ricognizione comparatistica, può osservarsi che gli ordinamenti che hanno inteso regolare compiutamente la multiparentalità, non delegandone la disciplina all'usuale strumento dell'adozione, hanno seguito strategie differenti. I vari approcci possono indagarsi sotto la duplice visuale delle posizioni giuridicamente accordate e dei mezzi o presupposti del riconoscimento. Sunteggiando, le opzioni possibili sono due: l'instaurazione del vincolo di filiazione e/o l'attribuzione della responsabilità genitoriale<sup>83</sup>; ad esse può accedersi, a seconda dei casi, tramite provvedimento giudiziale o accordo o entrambi. In California, dal 2014<sup>84</sup>, la legge ammette il riconoscimento giudiziale della *parenthood* e della *paternal responsibility* a più di due soggetti, a condizione che sia offerta la prova del coinvolgimento attivo da parte di tutti nella vita del figlio e che ciò non contrasti con l'interesse di quest'ultimo. La giurisprudenza della Pennsylvania e il Codice Civile della Louisiana riconoscono la c.d. *dual paternity*, attribuendo al nuovo marito della madre la *parenthood* e, in misura diversa, alcuni *multi-parenting rights*. Il Delaware e il District of Columbia hanno disciplinato la *de facto parenthood*. Un peso decisivo alla genitorialità d'intenzione è assegnato dagli ordinamenti del Canada e della Repubblica di Cuba, i cui modelli verranno illustrati nell'ultimo paragrafo<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> Cfr. CERSOSIMO, C., «La multigenitorialità negli ordinamenti giuridici di *common law* nordamericano», [www.rivistafamilia.it](http://www.rivistafamilia.it), 4 aprile 2019.

<sup>84</sup> US, SB 274, *An act to amend Sections 3040, 4057, 7601, 7612, and 8617 of, and to add Section 4052.5, Family Code, relating to Family law*, 2013–14, Reg Sess, Cal, 2013.

<sup>85</sup> Per approfondimenti si rinvia a CAMMU, N., «Intent to Parent is What Makes a Parent? A Comparative Analysis of the Role of Intent in Multi-Parenthood Recognition», *Canadian Journal of Family Law*, 2019, pp. 299 ss.

### 3. L'autonomia negoziale a contenuto non patrimoniale nel diritto delle famiglie

Com'è noto, la riforma del 1975 ha consacrato la privatizzazione del diritto delle famiglie menzionata in esordio, decretando il definitivo superamento della precedente visione pubblicistica<sup>86</sup> e fissando un paradigma di famiglia come unione fondata sul consenso<sup>87</sup>. Il governo del *ménage* veniva così consegnato al principio dell'accordo, assunto a strumento di ponderazione e determinazione della "misura" del concorso delle istanze individuali nella dimensione collettiva della comunione di vita<sup>88</sup>. Tale affermazione, se può dirsi pacifica, rimarrebbe meramente declamatoria laddove non si desse almeno succintamente conto del multiforme panorama delle posizioni offerte in letteratura. Pertanto, una pur breve riflessione sul ruolo dell'autonomia negoziale<sup>89</sup> – o, se si preferisce, della "autoregolamentazione degli interessi"<sup>90</sup> – nel diritto delle famiglie è operazione necessaria per comprendere il quadro positivo di riferimento e affrontare compiutamente le sfide poste dai modelli non convenzionali.

Deve anzitutto delimitarsi l'ambito dell'indagine. Da un lato, ci si soffermerà sui rapporti negoziali a contenuto non patrimoniale<sup>91</sup>,

---

<sup>86</sup> Si evoca, naturalmente, il pensiero di CICU, A., *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Athenaeum, Roma, 2014. Incrostazioni pubblicistiche permangono tuttavia nei penetranti limiti contenutistici posti all'autonomia negoziale in materia: v. RESCIGNO, P., «Autonomia privata e limiti inderogabili nel diritto familiare e successorio», *Famiglia*, 2004, p. 438.

<sup>87</sup> Cfr. BESSONE, M., ALPA, G., D'ANGELO, A., FERRANDO, G., SPALLAROSSA, M. R., *La famiglia nel nuovo diritto. Principi costituzionali, riforme legislative, orientamenti della giurisprudenza*, Zanichelli, Bologna, 1995, pp. 51, 54.

<sup>88</sup> ZATTI, P., *op. cit.*, p. 35.

<sup>89</sup> Il termine non è neutro e il suo impiego è preferibile in quanto idoneo a ricomprendere le variegate manifestazioni dell'agire *iure privatorum*, secondo l'insegnamento di PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, pp. 19-22.

<sup>90</sup> L'espressione è impiegata da DONISI, C., «Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia», *Rass. dir. civ.*, 1998, pp. 497-500, ponendo l'accento sul "prodotto dell'esercizio del potere di autonomia", al fine di evidenziare, oltre all'ambiguità della locuzione "autonomia privata", l'ecchegiata osmosi tra interessi "propri" e "comuni" nel *ménage* familiare.

<sup>91</sup> L'autonomia negoziale a contenuto non patrimoniale, nonostante la chiara indicazione proveniente dalla gerarchia assiologica impressa dalla Costituzione, gode tutt'ora di insufficiente considerazione a causa della diffusa pregiudiziale

assumendo a premessa la non equivalenza tra negoziabilità (*ergo*, disponibilità) e patrimonialità<sup>92</sup>. Dall'altro, si privilegeranno, nella più generale economia del discorso, gli accordi pertinenti alla fase fisiologica del rapporto<sup>93</sup>.

La centralità dell'accordo informa le dinamiche endofamiliari a un "principio partecipativo"<sup>94</sup>, indefettibile tanto nell'orizzontalità dei rapporti personali fra i membri del consorzio quanto nella verticalità delle relazioni con i figli. Le fattispecie tipiche interessate sono dunque gli accordi sull'indirizzo della vita familiare (art. 144 c.c. e art. 1, comma 12, l. n. 76/2016 per le unioni civili) e quelli per l'esercizio della responsabilità genitoriale (art. 316 c.c.). Entrambe sono universalmente intese come diretta attuazione dei principi costituzionali di solidarietà ed eguaglianza di cui agli artt. 2, 29 e 30 della Carta<sup>95</sup>. Il quadro, a onor del vero, merita di essere allargato già in via di premessa, evocando due fattori che, nella loro stretta interdipendenza, assurgono a essenziali criteri orientativi. Il primo è il principio di sussidiarietà

---

patrimonialistica. A metter solo qualche punto di cappello, giova riprendere alcune indicazioni da DI BONA, L., *I negozi giuridici a contenuto non patrimoniale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, pp. 8-61. Anzitutto, l'attributo "non patrimoniale" va riferito alla prestazione e non all'interesse coinvolto; quest'ultimo infatti, anche se di natura esistenziale, trova sicura soddisfazione a mezzo di obbligazioni e contratti, come evidenziato dall'art. 1174 c.c. L'autonomia negoziale a contenuto non patrimoniale indica dunque il potere dispositivo e regolativo avente ad oggetto prestazioni insuscettibili di valutazione economica, cioè a dire, secondo l'opportuna variante delle teorie oggettive, quelle prestazioni per cui non può stabilirsi nel contesto giuridico sociale un rapporto di conversione con una somma di denaro. La non patrimonialità, beninteso, non conduce fatalmente alla non negoziabilità ma, più semplicemente, alla inapplicabilità – tanto in via diretta quanto, per diversità di *ratio*, analogica – dello statuto legale delle obbligazioni e dei contratti. La disciplina delle sue concrete esplicazioni, bandita ogni generalizzazione, si connota di diverse peculiarità.

<sup>92</sup> PERLINGIERI, P., *op. ult. cit.*, p. 31.

<sup>93</sup> Sul complesso tema dei patti relativi alla (o assunti in contemplazione della) crisi familiare si rinvia a BARBA, V., «Pactos en previsión de ruptura familiar: una comparación entre la jurisprudencia italiana y la española, en la esperanza de que la primera aprenda de la segunda», *Cuadernos de Derecho Privado*, 2022, pp. 45 ss; ID, «Los pactos prematrimoniales en el derecho italiano. Propuesta de reforma de acuerdo con el derecho catalán», *Anuario de Derecho Civil*, LXXIV, 2021, I, pp. 21 ss.

<sup>94</sup> RESCIGNO, P., «Autonomia privata, e limiti inderogabili nel diritto familiare e successorio», *Familia*, 2004, p. 446.

<sup>95</sup> *Ex plurimis*, cfr. PERLINGIERI, P., *op. ult. cit.*, p. 45; DONISI, C., *op. cit.*, pp. 501, 502; PARADISO, M., *op. cit.*, p. 170; DI BONA, L., *op. cit.*, p. 91; TOMMASINI, R., *I rapporti personali tra i coniugi*, in AULETTA, T. (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, I, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 451 e 454 ss.

orizzontale, sancito all'art. 118, comma 4 Cost. Esso, quale direttiva di organizzazione sociale, *ergo* di attribuzione di poteri, si pone a valore fondante dell'autonomia negoziale e ad essa assegna centralità "propulsiva" nell'ordinamento. Ne deriva che il rapporto libertà-autorità va ricostruito nel segno della collocazione del diritto di fonte statale in posizione tendenzialmente vicaria<sup>96</sup>, anche nella realizzazione di interessi generali<sup>97</sup>. Pertanto, nell'ambito che qui interessa, può concludersi che "spetta alle comunità familiari la competenza ad autodisciplinarsi", limitando – come palesa il corredo rimediale – l'intervento esterno ai casi necessari<sup>98</sup>. Il secondo fattore sta nel disegno pluralista consegnato dalla legalità costituzionale, rispetto al quale la centralità dell'accordo in materia segna l'apertura dell'ordinamento alla "peculiare realtà esistenziale" dei singoli consorzi, ponendosi a presidio tecnico di garanzia della pari dignità dei modelli familiari<sup>99</sup>.

Ciò posto, l'analisi intende affrontare, nell'ordine, le questioni della rilevanza e vincolatività, della natura giuridica e dei limiti contenutistici degli accordi menzionati, accennando altresì ad alcuni profili disciplinari.

Sul primo tema può avanzarsi rilevando l'obbligatorietà degli accordi *de quibus*, che, oltre a risultare dal tenore letterale delle disposizioni evocate, integra il presupposto di effettività dei principi-valori

---

<sup>96</sup> Cfr. DEL PRATO, E., «Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti», in ID, *Principi e metodo nell'esperienza giuridica. Saggi di diritto civile*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 4.

<sup>97</sup> PERLINGIERI, P., *op. ult. cit.*, pp. 27-30 e 44, 45; sulla consonanza tra art. 118, comma 4 Cost. e art. 1322 c.c., ID, «La sussidiarietà nel diritto privato», *Rass. dir. civ.*, 2016, pp. 687 ss.

<sup>98</sup> PARADISO, M., «L'interesse del minore e i nuovi modelli familiari», in BIANCA, M. (a cura di), *op. cit.*, pp. 616, 617.

<sup>99</sup> Cfr. PARADISO, M., *I rapporti personali*, cit., p. 173; DONISI, C., *op. cit.*, p. 520; l'apertura "ai diversi «tipi» di esperienza (...) familiare presenti nella realtà sociale" è evidenziata da ZATTI, P., *op. cit.*, p. 22 e già in ID, «I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione tra i coniugi», in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, III, UTET, Torino, 1996, pp. 80 ss.; la dimensione pluralista è evocata a più riprese da RESCIGNO, P., *op. ult. cit.*, pp. 438, 445; l'importanza dell'accordo è (ri)afferzata con maggior enfasi nei consorzi su base non matrimoniale in ID, «I rapporti personali tra i coniugi», in ID, *Matrimonio e famiglia*, cit., pp. 234, 239 e, con specifico riguardo alle famiglie ricomposte, in ID, «Esercizio della potestà genitoriale da parte del genitore acquisito: prospettive legislative», in BIANCA, C. M., MALAGOLI TOGLIATTI, M., MICCI, A. (a cura di), *Interventi di sostegno alla genitorialità nelle famiglie ricomposte. Giuristi e psicologi a confronto*, FrancoAngeli, Milano, 2005, pp. 23-26.

costituzionali di eguaglianza e solidarietà, i quali prescrivono il governo della comunione di vita secondo la consonanza di decisioni assunte in posizione di parità<sup>100</sup>. Beninteso, l'oggetto dalla prescrizione non è la prestazione del consenso *ut sic*, in quanto fisiologicamente incoercibile, ma il mutuo impegno alla ricerca dell'accordo: in sintesi, non l'accordo come atto bensì il diverso *facere* dell'accordarsi<sup>101</sup>. Quanto al prodotto dell'ossequio a tale regola di comportamento, esso deve opportunamente ritenersi (*prima facie*) un atto giuridicamente vincolante<sup>102</sup>. Non possono condividersi le posizioni che relegano la consonanza delle decisioni sul piano del mero fatto<sup>103</sup> o dei rapporti di cortesia<sup>104</sup> o la riducono a "tecnica di governo"<sup>105</sup>. In particolare, come acutamente osservato, l'accordo come mero fatto non impegnativo non spiega quale sia la fonte del potere attuativo individuale; fissato l'oggetto dell'obbligo legale nel ricercare l'accordo, poi, appare evidente che la qualifica di "tecnica di governo" risulta corretta se riferita ad esso ma nulla dice in merito all'accordo quale prodotto di tale *facere*<sup>106</sup>; infine la ricomprensione degli accordi nei rapporti di cortesia si risolve intollerabilmente nel negare precettività a disposizioni attuative di principi costituzionali fondamentali. La vincolatività dell'atto, infine, discende direttamente dalla meritevolezza dell'assetto degli interessi in concreto divisati<sup>107</sup>, di cui è indice sintomatico la predisposizione di uno specifico impianto rimediale<sup>108</sup> composto dalle ipotesi di

---

<sup>100</sup> Nega la doverosità degli accordi, tra gli altri, FURGUELE, G., *Libertà e famiglia*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 140, 141, rinvenendo in essa la negazione di una libera manifestazione di volontà. Una simile conclusione sembra contraddetta dai noti esempi di contratti imposti presenti nell'ordinamento, che palesano la non antitetività fra imposizione e autonomia: cfr. ROPPO, V., *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Giuffrè, Milano, 2011, p. 49. Inoltre, l'A. non sembra cogliere appieno l'oggetto dell'obbligo legale (v. *infra*).

<sup>101</sup> PARADISO, M., *op. ult. cit.*, p. 187 e *ivi* per ulteriori riferimenti; DI BONA, L., *op. cit.*, p. 99;

<sup>102</sup> Cfr. TOMMASINI, R., *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio*, in ROSA, G., *Della famiglia*, in *Comm. cod. civ.* Gabrielli, UTET, Milano, 2018, p. 594.

<sup>103</sup> BIANCA, C. M., *Diritto civile, 2, La famiglia – Le successioni*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 57.

<sup>104</sup> D'AMICO, G., *L'accordo tra i coniugi (art. 144 c.c.)*, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 207.

<sup>105</sup> FURGUELE, G., *op. cit.*, p. 140.

<sup>106</sup> PARADISO, M., *op. ult. cit.*, p. 179, 180; DI BONA, L., *op. cit.*, p. 146.

<sup>107</sup> PERLINGIERI, P., *op. ult. cit.*, p. 31.

<sup>108</sup> Vi pone l'accento TOMMASINI, R., *op. ult. cit.*, p. 593.

intervento del giudice *ex artt.* 145 e 316, comma 2 c.c.<sup>109</sup>, dalla disciplina dell'addebito della separazione *ex art.* 151, comma 2 c.c. e dai margini riconosciuti al risarcimento del danno da illecito endofamiliare<sup>110</sup>. Non vale a smentire la conclusione l'incoercibilità degli obblighi, dal momento che essa discende *naturaliter* dall'infungibilità della prestazione, implicandone solo l'impossibilità di realizzazione coattiva in forma specifica senza compromettere la vincolatività dell'impegno<sup>111</sup>.

Con riguardo alla natura giuridica degli accordi, si ritiene di condividere la qualificazione negoziale<sup>112</sup>. In proposito, deve premettersi che la questione, pur non disconoscendo la vocazione – forse, il potenziale – delle norme citate in un'ottica pluralistica, rimane intimamente influenzata dal regime legale del matrimonio. Con ciò, gli art. 144 e 316 c.c. sono stati letti in funzione del dovere di collaborazione previsto all'art. 143 c.c., ponendosi come fattore di "concretizzazione"<sup>113</sup> degli obblighi, rispettivamente, coniugali e genitoriali. Almeno con riferimento ai primi, dunque, dell'autoregolamentazione degli interessi in materia si discuteva *a latere* di uno statuto legale predeterminato. A ciò si uniscono le difficoltà ricostruttive della disciplina dei negozi a contenuto non patrimoniale che, partendo dalla mancata positivizzazione

---

<sup>109</sup> Le disposizioni, per quanto accostabili sul piano generale della vincolatività dei relativi accordi, prevedono discipline differenti. In particolare, nell'art. 145 c.c. l'intervento giudiziale provocabile *ex uno latere* è solo conciliativo, mentre l'assunzione di determinazioni è condizionata alla richiesta congiunta dei coniugi in disaccordo; nell'art. 316, comma 2 c.c., dal momento che le conseguenze paralizzanti del dissenso si riverberano sulla prole, il potere decisionale è attribuito dal giudice al genitore ritenuto, nel singolo caso, il più idoneo a curare l'interesse del figlio: v. RUSCELLO, V., *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, in *Codice civile. Commentario*, cit., pp. 166 ss.

<sup>110</sup> Sul tema, v. da ultimo PETRUCCO, N., «Il danno risarcibile e addebito della separazione: recenti sviluppi dalla Cassazione», *Danno e resp.*, 2021, pp. 731 ss.

<sup>111</sup> Lo rileva espressamente SANTORO PASSARELLI, F., *Art. 144-146*, in *Comm. dir. fam.* Cian, Oppo e Trabucchi, Cedam, Padova, 1992, p. 520.

<sup>112</sup> Condividono la natura negoziale, tra gli altri, SANTORO PASSARELLI, F., *op. ult. cit.*, pp. 518 ss. e ID, «L'autonomia privata nel diritto di famiglia», in ID, *Saggi di diritto civile*, I, Jovene, Napoli, 1961, pp. 381 ss.; PERLINGIERI, P., *op. ult. cit.*, pp. 27, 41; DI BONA, L., *op. cit.*, pp. 227 ss.; DORIA, G. *Autonomia privata e "causa" familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 77 ss.; ANGELONI F., *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Cedam, Padova, 1997, p. 311; più cauto, nel rinvenire nel mutato quadro normativo "una fondamentale ragione di continuità con il discorso che (...) ha voluto confermare alla negozialità degli atti familiari un valore ordinante" è ZOPPINI, A., *L'autonomia privata*, cit., p. 217.

<sup>113</sup> ZATTI, P., *op. ult. cit.*, p. 80.



e dalla difficile tangibilità del concetto stesso di negozio giuridico, portavano a rivolgersi alle regole in materia di contratto, salvo poi sancirne l'inapplicabilità in via analogica per eterogeneità di *ratio*. Tutto ciò ha comportato un ridimensionamento drastico della portata innovativa dell'atto di volontà in ambito familiare, sovente risoltosi, seppur con differenti tonalità<sup>114</sup>, nella negazione della natura negoziale delle fattispecie o nell'ammonimento alla scarsa utilità pratica della qualificazione<sup>115</sup>. Sul versante disciplinare, merita, piuttosto, elogio l'intuizione di Santoro Passarelli sull'opportunità di "adattare" la "dottrina generale sul negozio giuridico"<sup>116</sup>, rispetto alla quale può riconoscersi un filo di continuità con la tesi sulla necessità di ricostruire uno statuto *ad hoc* a partire "dall'intero ordinamento, con particolare attenzione ai principi costituzionali, e modellata nel costante riferimento alla natura degli interessi e delle situazioni oggetto di disposizione"<sup>117</sup>. Emblematico, al riguardo, è il profilo della consistenza dell'impegno giuridico. Non si dubita che, per la particolarità degli interessi che la dimensione familiare involge, nonché per la stretta funzionalità di quest'ultima al pieno sviluppo della persona, le intese debbano avere una certa duttilità. Così soltanto potrà offrirsi pronta risposta ai mutamenti di fatto e al progredire delle aspirazioni dei membri del consorzio. Ciò non

---

<sup>114</sup> Nell'assegnazione della qualifica negoziale, sono state agitate in dottrina alcune differenziazioni. Così, ad esempio, tra gli accordi su "affari essenziali" e quelli relativi a questioni minori, la natura di negozio era attribuita solo ai primi; tra accordi a breve e a lungo termine, veniva circoscritta ai secondi. Similmente, venivano autorevolmente distinti accordi negoziali *tout court* e "intese fluenti", ossia ipotesi di "semplice non-dissenso" su singoli aspetti: v. ZATTI, P., *op. ult. cit.*, pp. 82 ss., il quale nondimeno ammette la limitatezza del binomio sul piano degli effetti (p. 88; sulla centralità del profilo effettuale v. ZOPPINI, A., *op. ult. cit.*, p. 230). Ebbene, come dottoamente dimostrato, entrambe le suddivisioni sono inconferenti. Rispettivamente: il carattere essenziale o meno di una questione non può intendersi in astratto ma va esaminato concretamente in stretta adesione alla direzione impressa al *ménage* dai suoi membri; la durata programmatica dell'accordo, dipoi, richiede una determinazione congiunta in tal senso, cioè a dire un previo accordo, "moltiplicando inutilmente le difficoltà". Infine, la tassonomia pertiene all'oggetto degli accordi, dai cui attributi non può discernersi la natura dell'atto. Le critiche sono più ampiamente illustrate in PARADISO, M., *op. cit.*, pp. 185-191.

<sup>115</sup> Riferimenti possono cogliersi in GALGANO, F., *Il negozio giuridico*, in *Trattato dir. civ. e comm.* Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 488, 489, 492; PARADISO, M., *op.ult. cit.*, p. 213; ZATTI, P., *op. ult. cit.*, pp. 88, 89; da ultimo, v. UDA, G. M., «Gli accordi di indirizzo della vita familiare», *Giust. civ.*, 2017, pp. 659 ss.

<sup>116</sup> SANTORO PASSARELLI, F., *L'autonomia privata*, *cit.*, pp. 382 ss.

<sup>117</sup> DI BONA, L., *op. cit.*, pp. 60. 61.

consente, tuttavia, di escludere né la vincolatività dell'accordo né il suo carattere negoziale<sup>118</sup>. Piuttosto, il menzionato bisogno di flessibilità giustifica una disciplina peculiare, imperniata sull'efficacia *rebus sic stantibus* e sulle conseguenze del sopravvenuto dissenso unilaterale. I due aspetti vanno opportunamente distinti. Da un lato, gli accordi in questione devono intendersi conclusi sul presupposto implicito che il contesto genetico rimanga, nell'essenza, inalterato, di talché all'obiettivo mutare del quadro fattuale l'intesa perde efficacia e riemerge l'obbligo di accordarsi. Per contro, il sopravvenuto dissenso unilaterale non è idoneo *ut sic* a risolvere l'intesa ma ripristina parimenti l'obbligo di rinegoziare l'indirizzo familiare. In entrambi i casi, laddove non si raggiunga una nuova consonanza di decisioni, viene in soccorso l'impianto rimediabile. Si legittima, pertanto, l'intervento giudiziale *ex art.* 145 c.c. in chiave conciliativa o, in caso di richiesta congiunta, sostitutiva; per gli accordi sull'esercizio della responsabilità genitoriale, potranno aversi l'attribuzione del potere decisionale esclusivo al soggetto ritenuto più idoneo nel caso concreto, l'assunzione dei provvedimenti giudiziali convenienti in caso di comportamento pregiudizievole verso i figli o la declaratoria di decadenza ai sensi degli artt. 316, comma 2, 320, comma 2, 330 e 333 c.c. Ove il conflitto divenga intollerabile, infine, potrà ricorrersi alla separazione, sanzionando con l'addebito le resistenze irragionevoli. Il sistema restituisce, dunque, un regime di tendenziale stabilità degli accordi, nel segno di una "vincolatività né rigida né esclusa *a priori*"<sup>119</sup>.

Dirimente, quanto alla natura negoziale delle intese in commento, sembra essere la loro attitudine innovativa, che non può dirsi obliterata dalla presenza di uno statuto *ex lege*. Invero, come autorevolmente insegnato, l'essenza dell'autonomia negoziale risiede nella "iniziativa", cioè a dire nel possibile, lecito e meritevole potere di impulso che accompagna l'intento *lato sensu* modificativo della realtà giuridica preesistente. Scarsamente rilevante, a tal fine, è la fonte del regolamento, dacché il piano distributivo delle situazioni soggettive può trovare compiuta disciplina in un modello legale predeterminato cui le parti mostrano implicitamente di rinviare<sup>120</sup>. Ma ciò che più conta è che, anche interpellando i modelli familiari per i quali si prevede un

---

<sup>118</sup> Per tutti, v. SANTORO PASSARELLI, F., *Art. 144-146*, cit., p. 524; cfr. ZOPPINI, A., *op. cit.*, p. 226; *contra*, D'AMICO, G., *op. cit.*, p. 203.

<sup>119</sup> PARADISO, M., *op. cit.*, pp. 183, 184, 191; DI BONA, L., *op. cit.*, pp. 138-161.

<sup>120</sup> PERLINGIERI, P., *op. ult. cit.*, pp. 6, 14, 15, 21.

espresso regime, *i.e.* il matrimonio e l'unione civile (che sul primo è, *mutatis mutandis*, plasmata), ci si avvede dell'indeterminatezza del contenuto delle prescrizioni, la cui genericità reclama integrazione in via interpretativa<sup>121</sup>. Ebbene, interpretando sistematicamente e assiologicamente il dato normativo, sembra potersi sostenere che lo stesso legislatore abbia affidato ai membri del singolo consorzio la creazione della regola giuridica concreta mediante lo strumento dell'accordo, che di tale regola viene ad essere fonte diretta<sup>122</sup>. Ne deriva che l'efficacia degli accordi a contenuto non patrimoniale in ambito familiare non può ridursi alla mera specificazione di obblighi preesistenti<sup>123</sup> ma deve intendersi propriamente regolativo-conformativa degli stessi, determinandone il contenuto. Tale conclusione è valida *a fortiori* per le comunioni di vita estranee a modelli formalizzati, rispetto alle quali la centralità della regola dell'accordo negoziale si afferma con ancor più vigore<sup>124</sup>.

Il discorso sulla portata innovativa delle intese non patrimoniali in ambito familiare richiama, in chiusura, la delicata questione dei limiti all'autoregolamentazione degli interessi. Va da sé che l'enfasi sull'autonomia negoziale non significa patrocinarne il mero arbitrio; essa deve pur muoversi, in quanto "ordinamento non originario"<sup>125</sup>, all'interno dei margini posti dai principi costituzionali, dalle norme imperative, dall'ordine pubblico e dal buon costume. Assunta per presupposta l'idoneità della ragione solidaristica dell'atto a sancire, sul piano teorico, la compatibilità tra disponibilità e non patrimonialità<sup>126</sup>, si tratta

---

<sup>121</sup> ANGELONI, F., *op. cit.*, p. 299, che denuncia la "necessità di una loro determinazione-concretizzazione".

<sup>122</sup> Cfr. CAVALLARO, M., «Intese non patrimoniali fra coniugi», in PARADISO, M. (a cura di), *I mobili confini dell'autonomia privata. Atti del Convegno di studi in onore del Prof. Carmelo Lazzara. Catania, 12-14 settembre 2002*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 125, 126.

<sup>123</sup> Così UDA, G. M., *op. cit.*, p. 669.

<sup>124</sup> RESCIGNO, P., «I rapporti personali tra i coniugi», in ID, *Matrimonio e famiglia, cit.*, pp. 234, 239; ZOPPINI, A., *op. cit.*, p. 217.

<sup>125</sup> ROMANO, S., voce «Autonomia», in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 16 ss.

<sup>126</sup> La visione tradizionale rinveniva nella privazione del potere di disposizione lo strumento tecnico realizzativo dell'istanza di protezione degli interessi non patrimoniali: così GIORGIANNI, M., *L'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1951, pp. 34, 35. Per contro, si è *supra* accennato alla distinzione concettuale tra disponibilità/negoziabilità e patrimonialità, che richiedono due valutazioni logicamente e cronologicamente distinte; peraltro, l'assiologia costituzionale porta a ritenere indebita e irragionevole la radicale negazione dell'autoregolamentazione dei rapporti non patrimoniali, come autorevolmente rilevato da SACCO, R., «Il contratto», in ID (dir.), *Tratt. dir. civ.*,

allora di delineare (quantomeno, di abbozzare) il perimetro del potere dispositivo con riguardo ai rapporti personali in ambito familiare. Valgono anche qui alcune precedenti considerazioni, strettamente interrelate. Si allude alla perdita di centralità del modello matrimoniale, il quale, a séguito dell'evoluzione delle comunioni di vita nel segno del pluralismo, non può piú considerarsi lo sparito esclusivo della dinamica delle relazioni affettive, e alla inderogabilità del relativo compendio di obblighi sancita dall'art. 160 c.c. Se si appropia il quesito dall'angolo visuale dell'inderogabilità, si ripropone un sentiero logico già battuto. Occorrerebbe, infatti, domandarsi a quali prescrizioni la norma citata faccia riferimento, per poi convenire sulla genericità della formulazione degli obblighi coniugali (per rimanere in tema di matrimonio) e concludere che i margini operativi dell'accordo si espandono in maniera proporzionale allo scolorire del *discrimen* tra determinazione e deroga<sup>127</sup>. Muovendo da queste premesse, senza pretese di esaustività, il tema può convenientemente svilupparsi a partire dalla sicura inammissibilità di accordi abdicativi o irragionevolmente pregiudizievoli aventi a oggetto diritti e libertà fondamentali della persona. Il quadro assiologico formato dal personalismo, dalla dignità umana e dall'echeggiata posizione servente delle formazioni sociali impone di ritenere tali posizioni fermamente incomprimibili – o, perlomeno, non interamente sacrificabili – dalla creatività dispositiva dei singoli<sup>128</sup>. Un secondo limite è posto dall'interesse del minore, la cui importanza, se non può dirsi funzionalizzare *in toto* l'autonomia dei familiari, certamente rende intollerabili le intese per esso irragionevolmente pregiudizievoli<sup>129</sup>. Diverso è il discorso, ad esempio, per gli obblighi di fedeltà e di coabitazione. Con riguardo al primo, l'evoluzione del costume ha consentito di discernere un'accezione ampia, riassuntiva dei concetti di lealtà e dedizione all'unione affettiva, dalla ristretta

---

UTET, Torino, 1993, pp. 44, 45. Emblematica al riguardo la disciplina sugli atti di disposizione del proprio corpo: v. DI BONA, L., *op. cit.*, pp. 49, 52, spec. 205 ss.; cfr. ANGELONI F., *op. cit.*, pp. 3-21.

<sup>127</sup> Il punto è ben colto da DE NOVA, G., «Disciplina inderogabile dei rapporti patrimoniali e autonomia negoziale», in AA.VV., *Studi in Onore di Pietro Rescigno*, II, Giuffrè, Milano, 1998, p. 263; cfr. ZOPPINI, A., *op. cit.*, p. 223.

<sup>128</sup> Il punto può dirsi pacifico. *Inter alia*: RESCIGNO, P., *Autonomia privata*, cit., pp. 443, 444; PARADISO, M., *op. ult. cit.*, p. 197; DONISI, C., *op. cit.*, p. 508, n. 36; DI BONA, L., *op. cit.*, p. 170; TOMMASINI, R., *op. ult. cit.*, p. 59; ZATTI, P., *op. ult. cit.*, p. 90; CAVALLARO, M., *op. cit.*, pp. 123, 124.

<sup>129</sup> *Supra*; v. ZOPPINI, A., *op. cit.*, p. 224.

fisicità dell'esclusiva sessuale<sup>130</sup>. Quest'ultima, con il limite di condotte espressive di un disconoscimento di fatto dello stesso legame familiare, può ritenersi modulabile tramite accordo, al quale occorrerà rivolgersi per ricavarne la concreta fisionomia<sup>131</sup>. Quanto al secondo, ove lo si intenda come mera compresenza fisica nella stessa abitazione, devono ammettersi accordi che consentano di vivere in luoghi separati, non foss'altro perché tale regola va bilanciata con l'obbligo di collaborazione e contribuzione nell'interesse del nucleo familiare. Così, in dottrina e giurisprudenza non si dubita che il dimorare in città diverse per ragioni di lavoro o, più in generale, in esecuzione di un progetto di vita condiviso possa costituire un valido modello, meritevole nel caso concreto, integrando altresì giusta causa di allontanamento dalla casa familiare *ex art. 146 c.c.*<sup>132</sup>. Fuori dallo schema matrimoniale, l'accordo sulla non coabitazione contraddistingue le relazioni cc.dd. LAT (*living apart together*), che, sebbene siano spesso il risultato di scelte imposte da motivi economici, hanno mostrato una sensibile diffusione nel tessuto sociale<sup>133</sup>. Può concludersi rimarcando che la latitudine e il peso acquisiti dall'autonomia negoziale non patrimoniale nel diritto delle famiglie impongono di accordare preminente considerazione all'accordo. Il complesso delle determinazioni negoziali deve dunque valutarsi in concreto secondo la meritevolezza dell'assetto di interessi divisato alla luce dei principi del sistema. In ogni caso, le intese dovranno stringersi nel segno della parità sostanziale dei membri del consorzio, conformandone l'indirizzo secondo un canone di reciprocità dell'impegno<sup>134</sup>.

---

<sup>130</sup> FERRARI, M., «Gli accordi relativi ai diritti e doveri reciproci dei coniugi», *Rass. dir. civ.*, 1994, p. 782.

<sup>131</sup> Cfr. Cass., 19 novembre 2020, n. 26383, in *Danno e resp.*, 2021, pp. 731 ss., con nota di PETRUCCO, N., «Il danno risarcibile e addebito della separazione: recenti sviluppi dalla Cassazione».

<sup>132</sup> In giurisprudenza, *ex multis*, v. Cass., 23 giugno 2020, n. 12241, in *dejure.it*, per cui: «Costituisce valida deroga all'obbligo di coabitazione l'accordo tra coniugi di vivere, per ragioni di lavoro, in città diverse, incontrandosi durante i fine settimana»; più in generale, v. Cass., 11 aprile 2000, n. 4558, in *dejure.it*, secondo cui: «Non costituisce violazione del dovere di coabitazione (e di collaborazione per la fissazione della residenza familiare) la mancata convivenza, laddove sussista una deroga convenzionale fra le parti»;

<sup>133</sup> GARCÍA RUBIO, M. P., *¿De qué debemos hablar*, cit., pp. 284,285.

<sup>134</sup> FERRARI, M., *op. cit.*, p. 785; CAVALLARO, M., *op. cit.*, p. 128.

#### 4. Gli accordi di multiparentalità: inquadramento del tema. L'accordo come fonte costitutiva di rapporti di filiazione e, con ciò, strumento conformativo del consorzio familiare

Il presente paragrafo ospita l'illustrazione di un momento di tangenza tra le due direttrici tracciate nelle pagine precedenti. La multiparentalità, come modello di recente emersione, solleva delicate questioni intorno alla nozione stessa di famiglia nella sua proiezione verticale, esortando a ripensarne i poli concettuali della genitorialità e della filiazione; l'accordo negoziale, dal canto suo, pare affermarsi come strumento tecnico di conformazione e governo del *ménage* familiare, offrendo risposte (probabilmente ancora acerbe) alle istanze di giustizia avanzate dai consorzi non disciplinati dall'ordinamento. L'indagine si appunta, perciò, sugli accordi di multiparentalità, cioè a dire sulle varieguate ipotesi in cui più di due persone concordino un progetto genitoriale rispetto a una figlia o a un figlio in contemplazione della sua prossima venuta al mondo<sup>135</sup>.

Muovendo da una perlustrazione fenomenologica, giova completare il quadro comparatistico abbozzato sul finale del secondo paragrafo, menzionando alcune legislazioni che prevedono tale forma di genitorialità d'intenzione. In Ontario, dopo il celebre caso *A.A. v. B.B.* del 2007<sup>136</sup> in cui venne riconosciuta la *parentage* della compagna della madre che aveva partorito un figlio concepito con l'apporto di un comune amico, le Sezioni nn. 9 e 10 dello *All Families Are Equal Act* (AFEA) del 2017 hanno ammesso la costituzione di consorzi multiparentali tramite *pre-conception agreements*. Tale risultato era conseguibile già da qualche anno in British Columbia, mediante accordi debitamente registrati ai sensi della Sezione n. 30 del *Family Law Act* (FLA) del 2013. Le soluzioni adottate nei due plessi normativi presentano, nondimeno, rilevanti differenze. In estrema sintesi: il FLA ammette accordi fra massimo tre soggetti e solo in caso di riproduzione umana

<sup>135</sup> GARCÍA RUBIO, M. P., *Un niño o una niña*, cit., p. 219.

<sup>136</sup> *A.A. v. B.B.*, 2007 ONCA 2; per un'analisi critica, v. LAVIOLETTE, N., «Dad, Mom — and Mom: The Ontario Court of Appeal's Decision in *A.A. v. B.B.*», *The Canadian Bar Review*, 2008, pp. 665 ss.

assistita<sup>137</sup> ma contempla altresì il riconoscimento giudiziale della multiparentalità sopravvenuta; all'opposto, l'AFLEA permette accordi quadrilaterali<sup>138</sup> e anche in ipotesi di gestazione ordinaria per via sessuale ma non sembra consentire riconoscimenti giudiziali postumi<sup>139</sup>. Infine, il nuovo Codice delle Famiglie cubano del 2022 ammette la multiparentalità nella duplice forma di quella primigenia, tramite accordo registrato (art. 57), e di quella sopravvenuta, attraverso il riconoscimento giudiziale del vincolo socioaffettivo (artt. 58, 59), contemplando entrambe come fonti costitutive di rapporti di filiazione e derivandone espressamente i medesimi effetti giudici (art. 51). Lo *acuerdo o plan de multiparentalidad* è contenuto, nel lato soggettivo, da un numero massimo di tre parti e, dal lato oggettivo, pare congegnato per operare programmaticamente in ipotesi di riproduzione umana assistita (medicalmente o non). Su tale ultimo aspetto, tuttavia, giova precisare che, in ossequio al principio di eguaglianza, la multiparentalità (originaria) è ammessa ai sensi dell'art. 57, lett. b) del codice anche nei casi di procreazione ordinaria o assistita pur senza intervento medico<sup>140</sup>.

In via generale, l'accreditamento di tale modello familiare, seppur comporta profili innegabilmente innovativi, risulta, a uno sguardo attento, piuttosto cauto. Anzitutto, come si è visto, la rottura del paradigma duale si sostanzia nel diniego di esclusività di quest'ultimo e si pone nel ristretto senso di offrire un'alternativa che renda il sistema maggiormente fedele alle istanze sociali. Un'apertura, dunque, non un sovvertimento. Ciò è dichiarato espressamente nel Codice delle Famiglie cubano, che all'art. 55 qualifica come regola generale che i figli intrattengono due vincoli di filiazione. La multiparentalità, in altri termini, è intesa come eccezione alla regola. Inoltre, se si concentra l'attenzione sulla variante primigenia tramite accordo, ci si avvede di un risultato solo apparentemente paradossale e che tuttavia, da un lato, è perfettamente consonante con le premesse teoriche svolte, dall'altro, vale a mitigarne la dirompenza. Infatti, i presupposti – e, per converso, i limiti – soggettivi imposti da molte legislazioni, e.g. quella della British Columbia e, in misura minore, di Cuba, imprimono

---

<sup>137</sup> La nozione di "riproduzione assistita" accolta dal FLA, nella Sezione 20(1) è assai ampia, riferendosi a qualsiasi "*method of conceiving a child other than by sexual intercourse*".

<sup>138</sup> O financo fra più soggetti, ove giudizialmente autorizzati.

<sup>139</sup> CAMMU, N., *op. cit.*, pp. 299 ss.

<sup>140</sup> PÉREZ GALLARDO, L., *op. ult. cit.*, p. 208.

all'istituto una curvatura tesa al rafforzamento dei legami genetici. Ciò accade nell'ipotesi piú frequente, ossia quando l'accordo di multiparentalità accede a una PMA di tipo eterologo, in cui il gamete è donato da un terzo estraneo alla coppia. In questi casi, l'istituto in analisi consente una scelta piú consapevole, non obbligando a ricorrere a donatori anonimi, valorizza la volontà partecipativa del terzo e si risolve di fatto nel semplice riconoscimento giuridico della discendenza genetica<sup>141</sup>.

Ciò premesso, se si procede a calare idealmente gli accordi di multiparentalità nel vigente sistema italiano, l'operazione si presenta affatto delicata. Le difficoltà, com'è evidente, derivano dalla natura di negozi costitutivi di *status* e si condensano nella necessità di un intervento normativo<sup>142</sup>. L'individuazione delle fattispecie idonee a imprimere le posizioni soggettive complesse riassunte nella paternità, nella maternità e nella filiazione spetta al legislatore. Allo stesso modo, non pare ammissibile, a legislazione invariata, la parziale delegazione a terzi della responsabilità genitoriale<sup>143</sup>, quantomeno ove abbia a operare con valenza dismissiva. Con questo sicuro limite, nondimeno, potrebbero aprirsi spazi di riflessione in merito all'attribuzione a terzi di alcuni moduli della funzione genitoriale in chiave integrativa e additiva, di là dal riconoscimento del vincolo parentale. Merita accennare che da tempo la letteratura anglosassone, sulla scorta della "sottile, elusiva ma importante"<sup>144</sup> distinzione – e dissociazione – fra *parenthood* e *parental responsibility*, ha cominciato a discorrere a vario titolo di

---

<sup>141</sup> A ciò si è aggiunto, in chiave critica, che il risultato degli stringenti presupposti d'accesso al *pre-conception agreement* abbia coinciso con la ricostruzione della "famiglia biologica eteronormativa, una famiglia in cui il bambino ha un genitore biologico di ciascun sesso": così KELLY, F., «Multiple-parent families under British Columbia's new Family Law Act: a challenge to the supremacy of the nuclear family or a method by which to preserve biological ties and opposite-sex parenting?», *University of British Columbia Law Review*, 2014, pp. 583, 584.

<sup>142</sup> DORIA, G., *op. cit.*, pp. 96 ss.; cfr. BUSNELLI, F. D., «Nascere per contratto?», in PARADISO, M. (a cura di), *I mobili confini*, cit., p. 41.

<sup>143</sup> GARCÍA RUBIO, M. P., *op. ult. cit.*, p. 219.

<sup>144</sup> BAINHAM, A., «Parentage, Parenthood and Parental Responsibility: Subtle, Elusive Yet Important Distinctions», in BAINHAM, A., SCLATER S. D., RICHARDS M., *What is a parent. A Socio-legal analysis*, Hart publishing, Oxford-Portland Oregon, 1999, pp. 25 ss.



“frammentazione<sup>145</sup>” o “disaggregazione<sup>146</sup>” della genitorialità. Muovendo dal dato empirico dello scollamento tra la rigidità degli schemi legali predeterminati e la fluidità dei modelli sociali, si è ritenuto che la scomposizione dell’ufficio genitoriale potrebbe consentire la congrua partecipazione alla cura del minore di tutti gli adulti concretamente coinvolti. Quest’ambiziosa linea di pensiero, sensibile all’approccio casistico, esorta a un ripensamento del concetto di genitorialità in senso e ampliativo e flessibile, proponendo la modulazione dei diritti (e dei doveri) di *parental responsibility* in misura proporzionale all’effettivo grado di assistenza e contribuzione<sup>147</sup>. Lo strumento tecnico per consentire tale risultato – che, semplificando, potrebbe compendiarsi nella sostituzione al tradizionale concetto monolitico di genitorialità di singoli moduli parentali – si è individuato nell’accordo tra privati, in un rapporto libertà-autorità che pone al centro la persona e tuttavia non rinnega l’importanza della legge e il suo ruolo di filtro dei paradigmi ammissibili<sup>148</sup>.

Può concludersi sul diverso discorso della compatibilità con la clausola generale dell’ordine pubblico internazionale degli accordi di multiparentalità perfezionati e registrati all’estero. Senza trattenersi sul punto, ci si può limitare a richiamare che l’estensione dei rapporti genitoriali si dimostra sovente in linea col miglior interesse del minore e anzi proprio tale clausola è stata valorizzata nell’elaborazione di soluzioni interpretative dirette alla massima conservazione dei rapporti affettivi<sup>149</sup>. Nella piena consapevolezza che il controllo di ordine pubblico debba interessare non già la disciplina straniera in senso formale bensì la sua effettiva applicazione nel caso concreto, non sembra si

---

<sup>145</sup> SWENNEN, F., CROCE, M., «Family (Law) Asemblages: New Modes of Being (Legal)», *Journal of Law and Society*, 2017, pp. 532 ss.

<sup>146</sup> JACOBS, M. B., «Why Just Two? Disaggregating Traditional Parental Rights and Responsibilities to Recognize Multiple Parents», *Journal of Law & Family Studies*, 2007, pp. 309 ss.

<sup>147</sup> JACOBS, M. B., *op. cit.*, p. 313, 333. Che ciò si traduca, anch’esso, nel rinvigorismento dei legami biologici pare potersi evincere a p. 337, ove è posta enfasi sul “purpose of preserving genetic connection and identity”.

<sup>148</sup> Così SWENNEN, F., CROCE, M., *op. cit.*, pp. 535, 551 ss.

<sup>149</sup> Da ultima, v. la recentissima Cass., 5 gennaio 2023, n. 230, in *dejure.it*, che ha sollevato la questione di costituzionalità riguardante l’art. 27, comma 3 della l. 184/1983 nella parte in cui stabilisce che con l’adozione legittimante cessano irreversibilmente i rapporti dell’adottato con la famiglia di origine, escludendo la valutazione in concreto del preminente interesse del minore a non reciderli secondo modalità stabilite in via giudiziale.

possa decretare un'assoluta incompatibilità degli accordi di multiparentalità primigenia con i principi fondamentali e identificativi del sistema ordinamentale<sup>150</sup>. Non solo. Se, come spesso accade, le multiple volontà procreazionali convergenti<sup>151</sup> negli accordi in questione accompagnano il ricorso a tecniche di riproduzione assistita, il riconoscimento della multiparentalità potrebbe valere a superare alcune distonie. Da un lato, infatti, l'evoluzione giurisprudenziale ha sancito la non contrarietà all'ordine pubblico internazionale del riconoscimento dell'atto di nascita straniero che stabilisca la doppia genitorialità omoaffettiva del figlio nato da PMA eterologa condotta all'estero<sup>152</sup>. Dall'altro, proprio l'intenzione della madre gestazionale di assumere il ruolo genitoriale, unita al riconoscimento giuridico del rapporto multiparentale, potrebbero sciogliere l'inconciliabilità della gestazione per sostituzione con l'ordine pubblico. Non si tratterebbe più, infatti, di sostituzione, di meccanica incubazione di un figlio destinato ad altri lesiva della dignità umana<sup>153</sup>, bensì di esecuzione di un progetto di vita condiviso tra più genitori riconosciuti dal diritto come tali<sup>154</sup>.

## Bibliografia

AL MUREDEN, E., «Il diritto del minore alla bigenitorialità ed il ruolo del terzo genitore nella prospettiva della famiglia ricomposta», in BIANCA, M. (a cura di), *The best interest of the child*, Sapienza Università Editrice, Roma, 2021, pp. 269 ss.

AL MUREDEN, E., «Le famiglie dopo il divorzio tra libertà, solidarietà e continuità dei legami affettivi», in *Fam. dir.*, 2021, pp. 23 ss.

---

<sup>150</sup> Si vedano almeno BARBA, V., «L'ordine pubblico internazionale», *Rass. dir. civ.*, 2018, pp. 403 ss.; PERLINGIERI, G., ZARRA, G., *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019.

<sup>151</sup> L'espressione è mutuata da PÉREZ GALLARDO, L., *op. ult. cit.*, p. 200.

<sup>152</sup> In ordine cronologico: Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *dejure.it*; Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, in *dejure.it*; CGUE, 15 aprile 2021, *Stolichna obshtina, rayon "Pancharevo"*, C-490-20, in *eur-lex.europa.eu*; Cass., 23 agosto 2021, n. 23319, in *dejure.it*. Cfr. BARBA, V., *Tecniche procreative*, cit., pp. 143-146.

<sup>153</sup> In questi termini si è di recente espressa la giurisprudenza di legittimità: Cass., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162 in *dejure.it*.

<sup>154</sup> Lo nota RIZZUTI, M., *op. cit.*, p. 664.

ANGELONI F., *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Cedam, Padova, 1997.

APPLETON, S. F., «Parents by the numbers», *Hofstra Law Review*, 2008, pp. 10 ss.

BARBA V., «Familias reconstituidas, multiparentalidad y sucesiones: nuevos retos», in PÉREZ GALLARDO, L., HERAS HERNÁNDEZ, M. d. M., *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2022, pp. 467 ss.

BARBA, V., «Familias recompuestas y Derecho de sucesiones: Una posible propuesta de regulación», *Revista de Derecho Civil*, 2022, pp. 157 ss.

BARBA, V., «La teoria tridimensionale del diritto. La persona e il suo progetto di vita», in SESSAREGO, C. F., *Il diritto come libertà. Lineamenti per una determinazione ontologica del diritto*, a cura di Vincenzo Barba, Quodlibet, Macerata, 2022, p. 15

BARBA, V., «Tecniche procreative, genitorialità e interesse del minore», CORDIANO, A, SENIGAGLIA, R., *Diritto civile minorile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022.

BARBA, V., «Unione civile e adozione», *Fam. dir.*, 2017, pp. 381 ss.

BERNAL SUÁREZ, J. B., *Derecho humano a la familia. Retos y alcances en el siglo XXI*, Gedisa, Barcellona, 2017.

BESSONE, M., ALPA, G., D'ANGELO, A., FERRANDO, G., SPALLAROSSA, M. R., *La famiglia nel nuovo diritto. Principi costituzionali, riforme legislative, orientamenti della giurisprudenza*, Zanichelli, Bologna, 1995.

BIANCA, C. M.: «La nuova disciplina in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso: prime riflessioni», *Dir. fam. pers.*, 2006, pp. 676 ss.

BIANCA, M. (a cura di), *The best interest of the child*, Sapienza Università Editrice, Roma, 2021.

BLANDILO, A., «Familias pluriparentales en la argentina: donde tres (¿o más?) no son multitud», in *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, p. 135 ss.

BUSNELLI, F. D., «La famiglia e l'arcipelago familiare», *Riv. dir. civ.*, 2002, pp. 509 ss.

CAFFARENA, S., «L'adozione "mite" e il "semiabbandono": problemi e prospettive», *Fam. dir.*, 2009, pp. 398 ss.

CAGGIA, F., «Capire il diritto di famiglia attraverso le sue fasi», *Riv. dir. civ.*, 2017, pp. 1572 ss.

CAMMU, N. «Intent to Parent is What Makes a Parent? A Comparative Analysis of the Role of Intent in Multi-Parenthood Recognition», *Canadian Journal of Family Law*, 2019, pp. 282 ss.

CASSETTARI, C., *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*, Atlas, San Paolo, 2014.

CAVALLARO, M., «Intese non patrimoniali fra coniugi», in PARADISO, M. (a cura di), *I mobili confini dell'autonomia privata. Atti del Convegno di studi in onore del Prof. Carmelo Lazzara. Catania, 12-14 settembre 2002*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 115 ss.

CERSOSIMO, C., «La multigenitorialità negli ordinamenti giuridici di common law nordamericano», [www.rivistafamilia.it](http://www.rivistafamilia.it), 4 aprile 2019.

CHAVES, M., «Famílias mosaico, socioafetividade e multiparentalidade: breve ensaio sobre as relações parentais na pós-modernidade», *Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família - Famílias: Pluralidade e Felicidade*, 2015, pp. 143 ss.

DAAR, J., «Multi-Party Parenting in Genetics and Law: a View from Succession», *Family Law Quarterly*, 2015, pp. 71 ss.

DALLA TORRE, G., «Famiglia senza identità?», *Iustitia*, 2012, pp. 127 ss.

DANOVI, F., «Diritto alla bigenitorialità e interesse del minore (per un definitivo rifiuto della sindrome di alienazione parentale)», *Fam. dir.*, 2022, pp. 910 ss.

DEL PRATO, E., «Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti», in ID, *Principi e metodo nell'esperienza giuridica. Saggi di diritto civile*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 1 ss.

DI BONA, L., *I negozi giuridici a contenuto non patrimoniale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000.

DONISI, C., «Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia», *Rass. dir. civ.*, 1998, pp. 494 ss.

DORIA, G., *Autonomia privata e "causa" familiare*, Giuffrè, Milano, 1996.

ELIAS, I. P., *Multiparentalidade: alguns reflexos de seu reconhecimento no âmbito do direito de família*, PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2017, pp. 68 ss.

FERRARI, M., «Gli accordi relativi ai diritti e doveri reciproci dei coniugi», *Rass. dir. civ.*, 1994, pp. 776 ss.

GALGANO, F., *Il negozio giuridico*, in *Trattato dir. civ. e comm.* Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Giuffrè, Milano, 1988.

GALVIS ORTIZ, L., *Pensar la familia de hoy*, Aurora, Bogotá, 2011.

GARCÍA RUBIO, M. P., «¿De qué debemos hablar cuando hablamos de familia?», in ABAD TEJERINA, P. (Coord.), *Derecho de familia. Homenaje a Encarnación Roca Trías: la jurista que se adelantó a su tiempo*, Sepin, Madrid, 2021, pp. 279 ss.

GARCÍA RUBIO, M. P., «Qué es y para qué sirve el interés del menor», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, pp. 16 ss.

GARCÍA RUBIO, M. P., «Un niño o una niña pueden tener más de dos madres o de dos padres. Hacia el reconocimiento jurídico de la multiparentalidad», in PÉREZ GALLARDO, L., HERAS HERNÁNDEZ, M. d. M., *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2022, pp. 119 ss.

GROSSI, P., «Un diritto senza Stato (La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)», *Quaderni fiorentini*, 1996, pp. 267 ss.

JACOBS, M. B., «Why Just Two? Disaggregating Traditional Parental Rights and Responsibilities to Recognize Multiple Parents», *Journal of Law & Family Studies*, 2007, pp. 309 ss.

JEMOLO, A. C., «La famiglia e il diritto», in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, III, Napoli, 1949, pp. 38 ss.

KELLY, F., «Multiple-parent families under British Columbia's new Family Law Act: a challenge to the supremacy of the nuclear family or a method by which to preserve biological ties and opposite-sex parenting?», *University of British Columbia Law Review*, 2014, pp. 565 ss.

LAVIOLETTE, N., «Dad, Mom — and Mom: The Ontario Court of Appeal's Decision in A.A. v. B.B.», *The Canadian Bar Review*, 2008, pp. 665 ss.

LIND, C., HEWITT, T., «Law and the complexities of parenting: parental status and parental function», *Journal of Social Welfare and Family Law*, 2009, pp. 391 ss.

LONARDO, L., «The best interest of the child in the case law of the Court of Justice of the European Union», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2022, pp. 596 ss.

MANTOVANI M., «I fondamenti della filiazione», in *Tratt. dir. fam. Zatti*, II, *Filiazione*, a cura di COLLURA G., LENTI L., MANTOVANI, M., Giuffrè, Milano, 2012.

MARELLA, M. R., MARINI, G., *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Laterza, Bari, 2014.

MATERA, V., «L'antropologo: perché la famiglia naturale non esiste», [https://27esimaora.corriere.it/articolo/lantropologoperche-la-famiglia-naturale-non-esiste/?refresh\\_ce-cp](https://27esimaora.corriere.it/articolo/lantropologoperche-la-famiglia-naturale-non-esiste/?refresh_ce-cp), consultato il 9.9.2022.

MENGGONI, L., «L'impronta del modello canonico sul matrimonio civile nell'esperienza giuridica e nella prassi sociale attuale nella cultura europea», *Jus*, 1998, pp. 451 ss.

PALAZZO, A., *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. comm* Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2013.

PARADISO, M., «I rapporti personali tra i coniugi. Artt. 143-148», in *Cod. civ. comm.* Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1990.

PARADISO, M., «L'interesse del minore e i nuovi modelli familiari», BIANCA, M. (a cura di), *The best interest of the child*, Sapienza Università Editrice, Roma, 2021, pp. 611 ss.

PATTI, S., «La famiglia: dall'isola all'arcipelago», *Riv. dir. civ.*, 2022, pp. 507 ss.

PERALTA, M. L., «Filiaciones múltiples y familias multiparentales: la necesidad de revisar el peso de lo biológico en el concepto de identidad», *Derecho de Familia – Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2015, pp. 2 ss.

PÉREZ GALLARDO, L., «Autonomía progresiva y capacidad para testar de las personas menores de edad», in ID., *El derecho de sucesiones que viene*, Olejnik, Santiago, 2020.

PÉREZ GALLARDO, L., «La multiparentalidad en el derecho familiar cubano: una opción posible», in PÉREZ GALLARDO, L., HERAS HERNÁNDEZ, M. d. M., *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2022, pp. 195 ss.

PERLINGIERI, P., «Persona e comunità familiare» in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi di diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, pp. 385 ss.

PERLINGIERI, P., «La sussidiarietà nel diritto privato», *Rass. dir. civ.*, 2016, pp. 687 ss.

PERLINGIERI, P., «Riflessioni sull'“unità della famiglia”», in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi di diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005 pp. 401 ss.

PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006.

PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020.

PERLINGIERI, P., *Manuale di diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021.

PETRUCCO, N., «Il danno risarcibile e addebito della separazione: recenti sviluppi dalla Cassazione», *Danno e resp.*, 2021, pp. 731 ss.

RESCIGNO, P., «Autonomia privata e limiti inderogabili nel diritto familiare e successorio», *Famiglia*, 2004, pp. 437 ss.

RESCIGNO, P., «Esercizio della potestà genitoriale da parte del genitore acquisito: prospettive legislative», in BIANCA, C. M., MALAGOLI TOGLIATTI, M., MICCI, A. (a cura di), *Interventi di sostegno alla genitorialità nelle famiglie ricomposte. Giuristi e psicologi a confronto*, FrancoAngeli, Milano, 2005, pp. 23-26.

RESCIGNO, P., «I rapporti personali tra i coniugi», in ID, *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 232 ss.

RESCIGNO, P., «La comunità familiare come formazione sociale», in ID, *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 348 ss.

RIZZUTI, M., «Adozioni e poligenitorialità», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, pp. 648 ss.

RODOTÀ, S., «La riforma del diritto di famiglia alla prova», in *Politica del diritto*, 1975, pp. 661 ss.

ROPPA, V., *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Giuffrè, Milano, 2011.

ROULAND, N., *Antropologia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1992.

RUGGERI, A., SALAZAR, C., «Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone», *Consulta OnLine*, 2017, pp. 138 ss.

RUSCELLO, V., *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, in *Cod. civ. comm.* Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 166 ss.

SANTORO PASSARELLI, F., *Art. 144-146*, in *Comm. dir. fam.* Cian, Oppo e Trabucchi, Cedam, Padova, 1992, pp. 518 ss.

SANTORO PASSARELLI, F., *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 2012.

SARACENO, C., *L'equivoco della famiglia*, Laterza, Bari, 2017.

SCALISI, A., «Il diritto del minore alla "bigenitorialità" dopo la crisi o la disgregazione del nucleo familiare», *Fam. dir.*, 2007, pp. 520 ss.

SCALISI, V., «Famiglia e famiglie in Europa», *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 7 ss.

SCALISI, V., «Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto», *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 405 ss.

SENIGAGLIA, R., «I principi e le categorie del diritto civile minorile», in CORDIANO, A., SENIGAGLIA, R., *Diritto civile minorile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022.

SESTA, M., AL MUREDEN, E., BUGETTI, M. N., «Le nuove genitorialità nell'esperienza italiana», in PÉREZ GALLARDO, L., HERAS HERNÁNDEZ, M. d. M., *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2022, pp. 221 ss.

SIMONELLI, A., *La funzione genitoriale*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2014.

STANZIONE, M. G., «Il diritto di conoscere le proprie origini tra identità del figlio e autodeterminazione della madre», *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, pp. 5 ss.

SWENNEN, F., CROCE, M., «Family (Law) Asemblages: New Modes of Being (Legal)», *Journal of Law and Society*, 2017, pp. 532 ss.

TOMMASINI, R., Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio, in ROSA, G., *Della famiglia*, in *Comm. cod. civ.* Gabrelli, UTET, Milano, 2018, pp. 585 ss.

TOMMASINI, R., I rapporti personali tra i coniugi, in AULETTA, T. (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, I, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 451 ss.

TRABUCCHI, A., «La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità», *Riv. dir. civ.*, 1982, pp. 597 ss.

TUCCARI, E., «L'adozione non può essere sempre 'mite'», in AA.VV., *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, Giuffrè, Milano, 2020, pp. 137 ss.

VARSÌ ROSPIGLIOSI, E., CHAVES, M., «La multiparentalidad. La pluralidad de padres sustentados en el afecto y en lo biológico», *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, 2018, pp. 133 ss.

VEYNE, P., «I greci hanno creduto ai loro miti?», Il Mulino, Bologna, 2005.

WELTER, B. P., «Teoria tridimensional no Direito de Família: reconhecimento de todos os direitos das filiações genética e socioafetiva. Decisão comentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul», *Revista do Ministério Público do RS*, 2008-2009, pp. 9 ss.



WELTER, B. P., *Teoria Tridimensional do Direito de Família*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2009. HERRERA, M., «La noción de socioafectividad como elemento “rupturista” del derecho de familia contemporáneo», *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2014, pp. 75 ss

ZATTI, P., «*Familia, familiae* – Declinazioni di un’idea. La privatizzazione del diritto di famiglia», *Familia*, 2002, pp. 9 ss.

ZOPPINI, A., «L’autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant’anni dopo», *Riv. dir. civ.*, 2002, pp. 213 ss.

ZOPPINI, A., «Tentativo d’inventario per il “nuovo” diritto di famiglia: il contratto di convivenza», in MOSCATI, E., ZOPPINI, A. (a cura di), *I contratti di convivenza*, Giappichelli, Torino, 2002.



# La riforma «di sistema» delle azioni di stato e le prospettive della «poligenitorialità»

Marco Rizzuti

**ABSTRACT:** Il contributo trae spunto da numerosi moniti delle Corti supreme, a livello interno e sovranazionale, in materia di *status filiationis*, per prospettare come un'ipotesi di soluzione potrebbe essere rappresentata dal riconoscimento della poligenitorialità.

**SOMMARIO:** 1. I moniti delle Corti supreme. – 2. Le prospettive della poligenitorialità.

## 1. I moniti delle Corti supreme

All'indomani di un periodo che ha visto la giurisprudenza costituzionale apportare significative, e non di rado lungamente attese, modifiche a snodi strutturali del diritto delle relazioni familiari, dai rapporti di parentela<sup>1</sup> all'attribuzione dei cognomi dei figli<sup>2</sup>, ci sembra

---

<sup>1</sup> Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, in *Foro it.*, 2022, 10, I, c. 2926. Tra i primi commenti si vedano quelli di: PACINI, G., «L'estensione dei legami di parentela tra adottato in casi particolari e parenti dell'adottante, alla luce della decisione della Corte costituzionale», *giustiziacivile.com*, 18 luglio 2022; CINQUE, M., «Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità», *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, p. 1013 ss.; SESTA, M., «Stato giuridico di filiazione dell'adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali», *Fam. dir.*, 2022, p. 904 ss.; SENIGAGLIA, R., «Criticità della disciplina dell'adozione in casi particolari dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022», *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, p. 1333 ss.

<sup>2</sup> Corte cost., 31 maggio 2022, n. 131, *Fam. dir.*, 2022, p. 871 ss., con nota di SESTA, M., «Le nuove regole di attribuzione del doppio cognome tra eguaglianza dei genitori e tutela dell'identità del figlio».

però interessante richiamare l'attenzione su di un ulteriore recente intervento<sup>3</sup> che, pur non determinando di per sé alcun effetto innovativo, potrebbe forse implicarne di ancor più rilevanti per il futuro.

Le questioni sottoposte all'attenzione dei giudici costituzionali atenevano alla legittimità di quel complesso di norme che impediscono di agire per chiedere la dichiarazione giudiziale della paternità del genitore biologico senza aver prima rimosso quella legale, di talché l'interessato viene a trovarsi privo di *status* nell'intervallo fra le due azioni e addirittura rischia di rimanere in tale condizione indefinitamente nel caso di esito positivo della prima ma negativo della seconda, quando sul piano tecnico sarebbe oggi evidentemente ben più agevole fornire con un'unica attività probatoria, concentrabile in un solo processo e consistente nelle analisi genetiche ormai routinarie, la dimostrazione sia della non paternità di un soggetto sia della paternità dell'altro senza questa paradossale soluzione di continuità<sup>4</sup>.

La menzionata decisione si è pronunciata, invero, nel senso dell'inammissibilità, e quindi come dicevamo non ha direttamente spiegato effetti modificativi sull'ordinamento vigente, ma occorre senz'altro soffermarsi su quei rilievi della Consulta che a modifiche future possono invece risultare propedeutici. I giudici costituzionali rilevano, infatti, come l'ipotesi loro prospettata risulti «non priva di criticità sotto il profilo costituzionale», ma ritengono comunque necessaria una «riforma di sistema idonea a farsi carico di molteplici profili» e come tale rimessa alla competenza del legislatore. Emerge dunque la doverosità di un intervento riformatore di vasta portata nella materia delle azioni di stato con riferimento a questo e ad ulteriori profili, come possiamo dedurre dalla complessiva considerazione anche di differenti moniti che hanno recentemente riguardato la medesima materia.

Notissimi, ed ampiamente discussi, sono quelli relativi allo *status* dei minori nati all'estero da coppie *same-sex*<sup>5</sup>, benché, pur emergendo

---

<sup>3</sup> Corte cost., 14 luglio 2022, n. 177, in *Foro it.*, 2022, 11, I, c. 3200. In proposito si veda anche BUGETTI, M.N., «Egemonia del figlio nelle azioni di stato e tutela della identità familiare del genitore», *Fam. dir.*, 2023, 1, pp. 85 ss.

<sup>4</sup> La questione era stata sollevata da App. Salerno, 11 marzo 2021, in *Gazz. Uff.* del 29 dicembre 2021, n. 52, con riferimento al combinato disposto degli artt. 253 c.c., che non ammette un riconoscimento del figlio in contrasto con lo *status filiationis* in cui la persona già si trovi, e 269 c.c., che consente la dichiarazione giudiziale della genitorialità nei soli casi in cui sarebbe possibile il riconoscimento.

<sup>5</sup> Si allude ai recenti moniti di Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32 e n. 33, in *Foro it.*, 2021, 6, I, c. 1923, secondo le quali l'attuale soluzione elaborata dal diritto vivente, per cui

chiaramente anche in questo caso un livello insoddisfacente della tutela ritraibile dagli strumenti vigenti, non altrettanto chiara ci appaia l'indicazione della via da percorrere al riguardo. Invero, la Corte non sembrerebbe propendere per una rimozione dei divieti in tema di accesso alla procreazione assistita<sup>6</sup>, che altrimenti avrebbe del resto ben potuto rimuovere da sola come già in numerose precedenti occasioni, per cui la riforma parrebbe dover riguardare non tanto questo profilo<sup>7</sup>, quanto piuttosto una differente riconfigurazione, per l'appunto, dei relativi *status*<sup>8</sup>, o ancor meglio un miglioramento delle regole adozionali

---

si riconosce la posizione del genitore genetico in base all'atto di nascita straniero e si consente all'altro/a *partner* di percorrere poi la via dell'adozione in casi particolari *ex art. 44 lett. d) l. 4 maggio 1983, n. 184*, può non offrire sempre una adeguata tutela ma dovrà essere il legislatore ad intervenire per delineare un assetto più idoneo.

- <sup>6</sup> Al disvalore della maternità surrogata, in quanto gravemente lesiva della dignità delle donne coinvolte, aveva già fatto riferimento la motivazione di Corte Cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Corr. giur.*, 2018, p. 446, e più di recente Corte Cost., 23 ottobre 2019, n. 221, in *Corr. giur.*, 2019, p. 1460, ha ritenuto legittimo il divieto ai sensi dell'art. 5 l. 19 febbraio 2004, n. 40, per le coppie omosessuali di accedere alla fecondazione eterologa, mentre Corte Cost., 15 novembre 2019, n. 237, in *Fam. dir.*, 2019, p. 325, e poi Corte Cost., 4 novembre 2020, n. 230, in *Foro it.*, 2021, 1, c. 39, hanno dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale relativa alle norme che impediscono di formare in Italia un atto di nascita indicante due co-madri.
- <sup>7</sup> Come invece è accaduto in Francia con la nuova *Loi de bioéthique* del 2 agosto 2021, n. 1017, che ha aperto l'accesso alla procreazione assistita a tutte le donne, sposate o conviventi con uomini, con altre donne o *singles* (cfr. TERLIZZI, G., «La PMA (*seule-ment*) pour toutes. L'incompiuta rivoluzione della nuova legge di bioetica francese», *Genlus*, 2022, pp. 88 ss.), fornendo un modello cui si guarda oggi anche nel dibattito politico appena avviatosi in Germania. Beninteso, il quadro complessivo verrebbe poi radicalmente mutato qualora finisse per essere approvata la proposta di Regolamento, presentata della Commissione UE il 7 dicembre 2022 allo scopo di introdurre una disciplina armonizzata per il riconoscimento dei rapporti di filiazione transnazionali, e che dovrebbe fondarsi sul principio per cui «*parenthood established in a Member State, should be recognised in all the other Member States, without any special procedure*».
- <sup>8</sup> In quali termini per l'appunto non è del tutto chiaro. In dottrina è stata avanzata anche la proposta di strutturare il rapporto fra il nato e il cosiddetto genitore intenzionale, cioè il *partner* di quello genetico, facendo riferimento alla responsabilità per il mantenimento e l'educazione nei confronti dei figli non riconoscibili ai sensi dell'art. 279 c.c., per quanto si tratti di una norma originariamente dedicata proprio alla filiazione biologica (cfr. CHIAPPETTA, G., «L'applicabilità dell'art. 279 c.c. alla filiazione incerta e/o sospesa», *Dir. succ. fam.*, 2022, pp. 37-62).

comunque applicabili, esito cui si sta del resto già pervenendo in via pretoria<sup>9</sup>.

Andrebbero però anche considerate sempre in termini di monito vincolante pure le indicazioni chiaramente ricavabili da alcune decisioni europee, certamente oggetto di un dibattito assai meno intenso, che hanno bensì riguardato un diverso ordinamento, ma censurando il contrasto con i parametri sovranazionali di norme assai simili alle nostre. Ci riferiamo in particolare alle pronunzie che hanno ritenuto illegittima sia l'impossibilità per il padre biologico di impugnare direttamente la genitorialità legale<sup>10</sup>, sia la previsione di un termine tombale suscettibile di precludere il disconoscimento prima che l'interessato abbia acquisito la consapevolezza della sua possibile non paternità<sup>11</sup>. Entrambe le questioni sono emerse con particolare riguardo, fra gli altri, al sistema giuridico bulgaro, peraltro non privo di significativi legami storici con il nostro<sup>12</sup>, ma attengono, com'è evidente, a tratti caratteristici che si possono agevolmente rintracciare anche nell'ordinamento interno. Da un lato, infatti, la prima delle menzionate regole è per l'appunto il tradizionale rovescio della medaglia di quella oggetto del giudizio di costituzionalità cui abbiamo fatto riferimento e presenta le medesime problematicità<sup>13</sup>, mentre l'altra

---

<sup>9</sup> Le principali carenze dell'adozione in casi particolari riscontrate riguardavano, da un lato, i rapporti di parentela, ma questo problema parrebbe essere stato nel frattempo sostanzialmente risolto dalla già citata Corte cost. n. 79 del 2022, e, dall'altro, il vuoto di tutela che si può determinare se in caso di rottura del rapporto di coppia il genitore genetico nega il suo assenso ai fini dell'art. 46 l. n. 184 del 1983, ma un'interpretazione costituzionalizzante che consente di neutralizzare tale diniego, laddove risulti palesemente abusivo e contrario all'interesse del minore, è stata già prospettata in un ampio *obiter dictum* da Cass., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, in *Dir. & Giust.*, 3 gennaio 2023.

<sup>10</sup> Si allude a Corte Edu, 13 ottobre 2020, *Koychev vs. Bulgaria*, n. 32495/15. D'altra parte, già Corte Edu, 21 dicembre 2010, *Anayo vs. Germany*, n. 20578/07, aveva giudicato inaccettabile un assetto ordinamentale in cui non venga tutelato l'interesse del figlio ad un contatto con il padre biologico diverso da quello legalmente presunto.

<sup>11</sup> Si possono menzionare: Corte Edu, 24 novembre 2005, *Shofman vs. Russian Federation*, n. 74826/01; Corte Edu, 10 ottobre 2006, *Paulik vs. Slovakia*, n. 10699/05; Corte Edu, 5 aprile 2018, *Doktorov vs. Bulgaria*, n. 15074/08.

<sup>12</sup> A proposito delle rilevanti influenze esercitate dalle codificazioni italiane su quelle bulgare si può vedere INFANTINO, M., «Diffusing Law Softly: Insights into the European Travels of Italian Tort Law», *Journal of European Tort Law*, 2015, pp. 274 ss. Del resto, l'ultima Zarina regnante di Bulgaria è stata Giovanna di Savoia.

<sup>13</sup> Il riferimento è naturalmente all'art. 253 c.c.

rappresenta l'esito di una delle scelte di fondo della più recente riforma della filiazione<sup>14</sup>.

Stanno invero emergendo proprio i limiti dell'assetto regolatorio che di tale riforma è figlio, e che, nonostante le evidenti innovazioni apportate al livello terminologico, ricalca però ancora sul piano sostanziale lo schema superato di quella che era la bipartizione tra figli legittimi e naturali, con i suoi distinti canali di costituzione e di contestazione dello *status*, a sua volta lasciato di un'epoca in cui non erano accessibili le certezze che oggi ci offre la genetica<sup>15</sup>. Un'indicazione ancora più recente e più direttamente vincolante ci è quindi giunta da un'ulteriore sentenza della Corte Edu che ha condannato proprio l'Italia e proprio con riferimento all'ipotesi su cui si erano pronunciati i giudici costituzionali nella decisione da cui abbiamo preso le mosse<sup>16</sup>.

I moniti insomma sono ormai molteplici, il che impone all'interprete di cimentarsi in una, non semplice, operazione volta ad elaborare proposte che vadano oltre l'indicazione delle problematiche già enunciate dalle Corti, ma rendano disponibili al legislatore, o anche a futuri interventi giudiziari più arditamente, possibili tracce per una ricostruzione sistematica più sostenibile.

---

<sup>14</sup> Ritroviamo, infatti, il medesimo schema di fondo, nonostante le residue differenze fra le due ipotesi, nell'art. 244 c.c. per il disconoscimento della paternità e nell'art. 263 c.c. per l'impugnazione del riconoscimento, come riformulati dalla riforma di cui alla legge 10 dicembre 2012, n. 219, ed al relativo decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154. Con riguardo ai profili di fondo della riforma si possono vedere, senza alcuna pretesa di completezza: BIANCA, C.M., «La legge italiana conosce solo i figli», *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 1 ss.; LENTI, L., «La sedicente riforma della filiazione», *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, pp. 201 ss.; FERRANDO, G., «La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali», *Corr. giur.*, 2013, pp. 525 ss. A favore della ragionevolezza della previsione del nostro termine tombale, anche in quanto ben più ampio di quelli oggetto delle decisioni sovranazionali, si è espressa anche Corte cost., 26 giugno 2021, n. 133, in *Foro it.*, 2021, 10, I, c. 3020, ma ovviamente non si può dare per scontato che i giudici europei condividerebbero tale lettura in un, al momento del tutto ipotetico, giudizio che coinvolga direttamente il nostro ordinamento.

<sup>15</sup> Ci sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti, a RIZZUTI, M., «Informazione genetica e diritto delle relazioni familiari: vicissitudini del *favor veritatis*», in D'AURIA, M. (a cura di), *I problemi dell'informazione nel diritto civile, oggi studi in onore di Vincenzo Cuffaro*, RomaTrePress, Roma, 2022, pp. 581-596.

<sup>16</sup> Il riferimento è alla recentissima Corte Edu, 6 dicembre 2022, *Scalzo c. Italie*, n. 8790/21, in cui oggetto del giudizio sono state le già menzionate regole italiane che impediscono di chiedere la dichiarazione giudiziale della paternità del genitore biologico senza aver prima rimosso quella legale, lasciando il soggetto interessato in una condizione di prolungata incertezza.

## 2. Le prospettive della poligenitorialità

A nostro avviso, un'ipotesi di soluzione deve passare da un nuovo bilanciamento tra emersione della verità biologica, anche se tardiva o non preceduta dalla rimozione dello *status* preesistente, e tutela della relazione familiare non biologica ormai consolidatasi a livello sociale e affettivo. Il punto è che, se si vuole riequilibrare in maniera più accettabile la situazione, occorrerà però evitare di porre l'ordinamento nell'alternativa insostenibile fra la cancellazione radicale dell'uno e quella dell'altro rapporto, con esiti che sarebbero ambedue irragionevoli. Bisognerebbe al contrario riconfigurare i rapporti genitoriali in senso plurale, ovvero in maniera tale da consentire la compresenza di più di due genitori giuridici, ivi compresi il padre biologico e quello sociale delle casistiche su cui ci siamo intrattenuti, nonché ulteriori ipotesi che potrebbero venire in considerazione, da quella peculiare dello scambio colposo di neonati<sup>17</sup> o embrioni<sup>18</sup>, a quella frequentissima delle cosiddette famiglie ricomposte<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Ai sensi dell'art. 240 c.c. in caso di sostituzione di neonato o supposizione di parto la contestazione dello *status filiationis* risulta sempre possibile, senza che operino termini tombali comparabili con quelli che, come appena ricordato, vigono per la paternità ex art. 243 c.c. Se quindi tali termini rischiano, come evidenziato nelle menzionate sentenze Edu, di comprimere eccessivamente il riconoscimento della genitorialità biologica dopo il loro decorso, nell'ipotesi in esame si corre invece il rischio opposto di distruggere la genitorialità sociale anche dopo un lasso di tempo che può essere estesissimo. In entrambe, dunque, un riequilibrio potrebbe essere raggiunto tramite meccanismi di riconoscimento giuridico della poligenitorialità che consentano una contemporanea rilevanza sia del rapporto biologico sia di quello sociale.

<sup>18</sup> Si allude alla celebre vicenda di *surrogacy* colposa per scambio di embrioni all'Ospedale Pertini di Roma, rispetto alla quale il Comitato Nazionale di Bioetica, pur senza esprimersi sull'attribuzione della genitorialità legale contesa, aveva invano auspicato una salvaguardia per l'interesse del figlio ad una relazione con tutti e quattro i soggetti coinvolti (*Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni*, 11 luglio 2014), posizione disattesa da Trib. Roma, 8 agosto 2014, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 1, p. 197, che ha finito, assai discutibilmente, per denegare ogni rilievo, anche ai fini del mero contatto con il nato, alla posizione dei genitori genetici, di talché una «poligenitorialità di fatto viene ridotta a bigenitorialità legale mediante appunto un atto di imperio» (NICOLUSSI, A., «Famiglia e biodiritto civile», *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 719).

<sup>19</sup> Si possono vedere al riguardo, senza alcuna pretesa di completezza: RESCIGNO, P., «Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche», *Famiglia*, 2002, p. 1 ss.; FERRANDO, G., «Famiglie ricomposte e nuovi genitori», *Giur. it.*, 2007, pp. 2893 ss.; AULETTA, T., «Famiglia ricomposta e obbligo di mantenimento», *Famiglia*, 2008, pp. 194 ss.; BUZZELLI, D., *La famiglia «composita»*, Jovene, Napoli, 2012; MINERVINI, S., *Profili*



Una siffatta pluralizzazione potrebbe infatti rappresentare non solo e non tanto una particolare eccezione necessaria a fronteggiare talune problematicità, quanto piuttosto una nuova regola speciale, come tale suscettibile di espansione anche in via analogica. Del resto, a ben vedere, tutto ciò è coerente anche con il complessivo riorientamento odierno del diritto della genitorialità e della filiazione, che ha abbandonato una costruzione in termini di autorità privata, in cui erano essenziali meccanismi di concentrazione del potere decisionale a fini di «governabilità», per abbracciarne una, più in linea con le categorie privatistiche generali, in termini di responsabilità per le obbligazioni legali di mantenimento, istruzione ed educazione, ed in cui quindi può ben risultare nell'interesse del figlio creditore poter contare sull'apporto di una pluralità di coobbligati in solido<sup>20</sup>.

In questo senso va inteso il riferimento alla poligenitorialità cui è intitolato il presente contributo, ovvero non soltanto con riguardo alla filiazione che si realizzi in contesti familiari poligamici o poliamorosi<sup>21</sup>,

---

*privatistici nella famiglia ricomposta*, Aracne, Roma, 2014; CINQUE, M., «Quale statuto per il genitore sociale?», *Riv. dir. civ.*, 2017, pp. 1475 ss.; LAGHI, P., «Genitorialità di fatto ed obblighi di assistenza materiale della prole unilaterale nelle famiglie ricomposte», *Dir. succ. fam.*, 2017, pp. 815-841; D'ANGELO, A., «Re-Thinking Family Law: A New Legal Paradigm for Stepfamilies?», in K. BOELE-WOELKI, K. / DETHLOFF, N. / GEPHART, W. (a cura di), *Family Law and Culture in Europe*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2014, pp. 217-228; AL MUREDEN, E., «Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze», *Fam. dir.*, 2016, pp. 966 ss.

<sup>20</sup> Si allude naturalmente al passaggio dalla potestà alla responsabilità genitoriale con la già ricordata riforma realizzatasi con la l. 10 dicembre 2012, n. 219 ed il relativo d.lg. 28 dicembre 2013, n. 154. Su questi profili si possono vedere, senza pretese di completezza: AL MUREDEN, E., «Dalla potestà alla responsabilità genitoriale», *Giur. it.*, 2013, p. 1267 ss.; RECINTO, G., «Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?», *Dir. fam. pers.*, 2013, pp. 1475-1487; GIARDINA, F., «Morte della potestà e capacità del figlio», *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 1609-1620; GORGONI, A., *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Cedam, Padova, 2017; RIZZUTI, M., «Che cosa rimane delle potestà familiari?», in SIRENA, P., ZOPPINI, A. (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da «Le autorità private» di C.M. Bianca*, RomaTrePress, Roma, 2018, pp. 191 ss.

<sup>21</sup> Sulla filiazione nel contesto di rapporti familiari poligamici o poliamorosi si vedano, rispettivamente, ACHILLE, D., «Profili della filiazione nelle famiglie poligamiche», in BIANCA, M. (a cura di), *The best interest of the child*, Sapienza Università Editrice, Roma, 2021, pp. 619 ss., e RIZZUTI, M., «Adozioni e poligenitorialità», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, pp. 646-681. Più in generale per la ricostruzione della giuridicità di tali rapporti anche nell'ambito degli ordinamenti occidentali cfr., rispettivamente, RIZZUTI, M., *Il problema dei rapporti familiari poligamici. Precedenti storici e attualità della questione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, e GRANDE, E., PES, L. (a cura di), *Più cuori e una capanna. Il poliamore come istituzione*, Giappichelli,

né a quella che veda il ricorso al contributo di più di due soggetti nel contesto di una procedura di procreazione assistita<sup>22</sup>, benché anche per queste realtà si potrebbe certo fare utilmente riferimento alla categoria che si propone. L'ipotesi può assumere però, come dicevamo, una più

---

Torino, 2018. Al riguardo va inoltre segnalata la recente decisione della Civil Court of The City of New York, *West 49th St., LLC v O'Neill*, 23 settembre 2022, che ha riconosciuto la rilevanza di un rapporto poliamoroso *gay* fra tre uomini ai fini del subentro nel contratto di locazione dopo il decesso di una parte.

- <sup>22</sup> In vari ordinamenti si è manifestata l'esigenza di configurare giuridicamente rapporti genitoriali che di tutti i soggetti coinvolti tengano conto, senza relegarne alcuni in una posizione di disumanizzante estraniamento: si potranno avere, ad esempio, una coppia omosessuale femminile ed un genitore genetico, qualificato come vero padre e non mero datore di gameti, ovvero una coppia omosessuale maschile ed una gestante, qualificata come vera madre e non mera surrogata. Alla prima delle menzionate soluzioni erano arrivati al termine di una controversa vicenda processuale, concernente il riconoscimento di un accordo in tal senso tra una coppia lesbica ed il padre genetico della figlia comune, i giudici della Ontario Court of Appeal, 2 novembre 2007, *A.A. vs. B.B.*, ed in seguito il legislatore dello Stato canadese, recependo un monito della Ontario Superior Court, ha generalizzato l'istituto del *Pre-Conception Parentage Agreement* con il *Children's Law Reform Act* del 5 dicembre 2016 (cfr. SNOW, D., «*Litigating Parentage: Equality Rights, LGBTQ Mobilization and Ontario's All Families Are Equal Act*», *Canadian Journal of Law and Society*, 2017, 3, pp. 329-348): la normativa prevede che il numero massimo delle parti dell'accordo debba essere di quattro, per cui, oltre alle combinazioni già indicate, si sono dati, ad esempio, il caso di due coppie, una lesbica e l'altra *gay*, i cui componenti sono tutti co-genitori di un figlio, o quello di quattro donne divenute co-madri di cinque minori (MOTLUK, A., «*Ontario's multiparent LGBTQ families have another reason to celebrate this season*», *www.theglobeandmail.com*, 22 dicembre 2016). Ulteriori riconoscimenti della poligenitorialità sono frattanto intervenuti in vari ordinamenti, sia a livello legislativo con la *section 30* del *Family Law Act* della Columbia Britannica del 2011, con la *section 7612* del *Family Code* della California del 2017, e con l'art. 56 del nuovo *Código de las Familias* di Cuba del 2022, sia a livello giurisprudenziale con la decisione della High Court of Australia, *Masson vs. Parsons & Others*, [2019] HCA 21, 19 giugno 2019, in *www.biodiritto.org*, ma anche la non troppo distante decisione francese che ha riconosciuto la condivisione della responsabilità genitoriale, anche se non della genitorialità, fra i quattro componenti di due coppie, una maschile ed una femminile (SCHEFFER, N., «*L'autorité parentale de 4 parents reconnue en justice pour la première fois*», <https://tetu.com>, 3 febbraio 2022). Riterremmo peraltro che in, al momento soltanto ipotetiche, casistiche transnazionali questo genere di configurazioni non dovrebbe essere necessariamente considerato in contrasto con i nostri principi di ordine pubblico, dal momento che per le esposte ragioni esse si differenziano in maniera radicale dalla maternità surrogata. Al contrario, il limite dell'ordine pubblico dovrebbe continuare ad operare laddove la poligenitorialità finisca per combinarsi con il ricorso ad una vera e propria *surrogacy*, come nel caso californiano in cui i tre *partners* di una relazione *gay* (la cd. *throuple*) sono stati riconosciuti come i genitori dei minori partoriti da una gestante surrogata (cfr. JENKINS, I., *Three Dads and a Baby: Adventures in Modern Parenting*, Cleis Press, Jersey City, 2021).

ampia portata ove la si impieghi proprio negli ambiti su cui ci siamo soffermati in questa sede, il che trova peraltro il conforto di altre recenti esperienze giuridiche occidentali<sup>23</sup>.

A ben vedere, pertanto, non sarebbe esatto restringerla all'ambito delle «nuove» o «nuovissime» famiglie, e soprattutto occorre rilevare come il nostro ordinamento conosca già *de jure condito* quantomeno un'ipotesi normativa di poligenitorialità che ha recentemente conosciuto una dinamica espansiva di notevolissimo rilievo. Basti infatti pensare alla cosiddetta adozione in casi particolari, che ormai particolari non sono più, dal momento che l'adozione mite o aperta sta assumendo il ruolo di nuovo paradigma generale della materia adozionale proprio in ragione della sua capacità di valorizzare una pluralità di rapporti genitoriali<sup>24</sup>, ragione che la renderebbe altresì un possibile modello anche per quella più ampia configurazione *de jure condendo* della poligenitorialità che abbiamo qui tentato di iniziare ad abbozzare.

---

<sup>23</sup> In alcuni ordinamenti, come quelli di Louisiana e Brasile, si è parlato di multigenitorialità proprio allo scopo di configurare il riconoscimento di una simultanea rilevanza giuridica sia per il rapporto con il padre biologico, tardivamente scoperto, sia per quello con il padre socioaffettivo, cioè con il marito della madre che abbia di fatto cresciuto il figlio come proprio: cfr. DE SOUZA GARCIA, F. M., «Multi-parenthood from a Legal, Doctrinal and Jurisprudential Perspective in Brazil: The Recent Decision of the Brazilian Supreme Court on Socio-affective and Biological Paternity», *Journal of the Oxford Centre for Socio-Legal Studies*, 2017, pp. 48 ss.

<sup>24</sup> Sull'inversione del rapporto regola-eccezione tra adozione aperta e adozione piena si possono vedere: LONG, J., «Il triangolo dell'adozione», in AGOSTINELLI, B., CUFFARO, V. (a cura di), *Relazioni, famiglie, società*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 215; FINESSI, A., «Adozione legittimante e adozione c.d. mite tra proporzionalità dell'intervento statale e *best interests of the child*», *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, pp. 1343 ss.; TUCCARI, E. «L'adozione non può essere sempre 'mite'», in GRANELLI, C. (a cura di), *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, Giuffrè, Milano, 2020, pp. 137 ss.; RIZZUTI, M., *Adozione aperta e rapporti successori*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, p. 56; FERRANDO, G., «Adozione in casi particolari e pluralità di rapporti parentali», *Fam. dir.*, 2022, pp. 1115 ss.

## Bibliografia

- ACHILLE, D., «Profili della filiazione nelle famiglie poligamiche», in BIANCA, M. (a cura di), *The best interest of the child*, Sapienza Università Editrice, Roma, 2021, pp. 619 ss.
- AGOSTINELLI, B., CUFFARO, V. (a cura di), *Relazioni, famiglie, società*, Giappichelli, Torino, 2020.
- AL MUREDEN, E., «Dalla potestà alla responsabilità genitoriale», *Giur. it.*, 2013, pp. 1267 ss.
- AL MUREDEN, E., «Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze», *Fam. dir.*, 2016, pp. 966 ss.
- AULETTA, T., «Famiglia ricomposta e obbligo di mantenimento», *Familia*, 2008, pp. 194 ss.
- BIANCA, C.M., «La legge italiana conosce solo i figli», *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 1 ss.
- BUGETTI, M.N., «Egemonia del figlio nelle azioni di stato e tutela della identità familiare del genitore», *Fam. dir.*, 2023, 1, pp. 85 ss.
- BUZZELLI, D., *La famiglia «composita»*, Jovene, Napoli, 2012.
- CHIAPPETTA, G., «L'applicabilità dell'art. 279 c.c. alla filiazione incerta e/o sospesa», *Dir. succ. fam.*, 2022, pp. 37-62
- CINQUE, M., «Quale statuto per il genitore sociale?», *Riv. dir. civ.*, 2017, pp. 1475 ss.
- CINQUE, M., «Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità», *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, pp. 1013 ss.
- D'ANGELO, A., «Re-Thinking Family Law: A New Legal Paradigm for Stepfamilies?», in K. BOELE-WOELKI, K. / DETHLOFF, N. / GEPHART, W. (a cura di), *Family Law and Culture in Europe*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2014, pp. 217-228
- DE SOUZA GARCIA, F. M., «Multi-parenthood from a Legal, Doctrinal and Jurisprudential Perspective in Brazil: The Recent Decision of the Brazilian Supreme Court on Socio-affective and Biological Paternity», *Journal of the Oxford Centre for Socio-Legal Studies*, 2017, pp. 48 ss.
- FERRANDO, G., «Famiglie ricomposte e nuovi genitori», *Giur. it.*, 2007, pp. 2893 ss.
- FERRANDO, G., «La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali», *Corr. giur.*, 2013, pp. 525 ss.
- FERRANDO, G., «Adozione in casi particolari e pluralità di rapporti parentali», *Fam. dir.*, 2022, 12, pp. 1115 ss.

FINESSI, A., «Adozione legittimante e adozione c.d. mite tra proporzionalità dell'intervento statale e *best interests of the child*», *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, pp. 1343 ss.

GIARDINA, F., «Morte della potestà e capacità del figlio», *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 1609-1620.

GORGONI, A., *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Cedam, Padova, 2017.

GRANDE, E., PES, L. (a cura di), *Più cuori e una capanna. Il poliamore come istituzione*, Giappichelli, Torino, 2018.

INFANTINO, M., «Diffusing Law Softly: Insights into the European Travels of Italian Tort Law», *Journal of European Tort Law*, 2015, pp. 260-281.

JENKINS, I., *Three Dads and a Baby: Adventures in Modern Parenting*, Cleis Press, Jersey City, 2021.

LAGHI, P., «Genitorialità di fatto ed obblighi di assistenza materiale della prole unilaterale nelle famiglie ricomposte», *Dir. succ. fam.*, 2017, pp. 815-841.

LENTI, L., «La sedicente riforma della filiazione», *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, pp. 201 ss.

MINERVINI, S., *Profili privatistici nella famiglia ricomposta*, Aracne, Roma, 2014.

MOTLUK, A., «Ontario's multiparent LGBTQ families have another reason to celebrate this season», *www.theglobeandmail.com*, 22 dicembre 2016.

NICOLUSSI, A., «Famiglia e biodiritto civile», *Eur. dir. priv.*, 2019, pp. 713-780.

PACINI, G., «L'estensione dei legami di parentela tra adottato in casi particolari e parenti dell'adottante, alla luce della decisione della Corte costituzionale», *giustiziacivile.com*, 18 luglio 2022.

RECINTO, G., «Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?», *Dir. fam. pers.*, 2013, pp. 1475-1487.

RESCIGNO, P., «Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche», *Familia*, 2002, pp. 1 ss.

RIZZUTI, M., *Il problema dei rapporti familiari poligamici. Precedenti storici e attualità della questione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016.

RIZZUTI, M., «Che cosa rimane delle potestà familiari?», in SIRENA, P., ZOPPINI, A. (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da «Le autorità private» di C.M. Bianca*, RomaTrePress, Roma, 2018, pp. 191 ss.

RIZZUTI, M., «Adozioni e poligenitorialità», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, pp. 646-681.

RIZZUTI, M., *Adozione aperta e rapporti successori*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021.

RIZZUTI, M., «Informazione genetica e diritto delle relazioni familiari: vicissitudini del *favor veritatis*», in D'AURIA, M. (a cura di), *I problemi dell'informazione nel diritto civile, oggi studi in onore di Vincenzo Cuffaro*, RomaTrePress, Roma, 2022, pp. 581-596.

SCHEFFER, N., «L'autorité parentale de 4 parents reconnue en justice pour la première fois», <https://tetu.com>, 3 febbraio 2022.

SENIGAGLIA, R., «Criticità della disciplina dell'adozione in casi particolari dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022», *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, pp. 1333 ss.

SESTA, M., «Le nuove regole di attribuzione del doppio cognome tra eguaglianza dei genitori e tutela dell'identità del figlio», *Fam. dir.*, 2022, pp. 877 ss.

SESTA, M., «Stato giuridico di filiazione dell'adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali», *Fam. dir.*, 2022, pp. 904 ss.

SNOW, D., «Litigating Parentage: Equality Rights, LGBTQ Mobilization and Ontario's All Families Are Equal Act», *Canadian Journal of Law and Society*, 2017, pp. 329-348.

TERLIZZI, G., «La PMA (seulement) pour toutes. L'incompiuta rivoluzione della nuova legge di bioetica francese», *GenIus*, 2022, pp. 88 ss.

TUCCARI, E. «L'adozione non può essere sempre 'mite'», in GRANELLI C. (a cura di), *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, Giuffrè, Milano, 2020, pp. 137 ss.

# La construcción de multiparentalidades por medio de la adopción abierta

*Paula Sánchez Richarte*

**RESUMEN:** La adopción abierta recientemente incorporada al ordenamiento jurídico español ha permitido que un niño o niña no tenga que interrumpir su relación con su familia de origen para obtener la estabilidad proporcionada por una adopción. Sin embargo, la escasa regulación de la figura presenta importantes carencias que dificultan su uso y sus límites inherentes impiden que dé respuesta a algunas realidades familiares complejas.

**ABSTRACT:** The open adoption recently introduced into the Spanish legal system has made it possible for a child to keep his or her relationship with his or her family of origin while obtaining the stability provided by an adoption. However, its scarce regulation presents important shortcomings that make its use difficult and its inherent limits prevent it from responding to some complex family realities.

**SUMARIO:** 1. Introducción. – 2. Fundamento jurídico de la adopción abierta en el ordenamiento español. – 3. Régimen jurídico de la adopción abierta. – 4. Carencias de la regulación. – 4.1. El momento para establecer el carácter abierto de la adopción. – 4.2. La necesaria propuesta de la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal. – 4.3. La falta de consentimiento de la familia de origen. – 4.4. La falta de regulación de un procedimiento de ejecución. – 5. Conclusiones.

## 1. Introducción<sup>1</sup>

Existen multitud de escenarios en los que una persona menor de edad dispone de vínculos personales con más de dos adultos con funciones parentales al mismo tiempo, a pesar de que su relación jurídica de filiación solo quede establecida, como máximo, con dos de ellos. Entre estas situaciones se encuentran el acogimiento y la adopción, estructuras en las que el niño o niña forma parte de dos familias -por un lado, la acogedora o la adoptiva, y, por el otro, la de origen-, y es posible que mantenga un nexo personal con ambas; pero su vínculo jurídico de filiación solo existe con las figuras parentales que conforman una de ellas.

En este contexto, se ha incorporado al ordenamiento jurídico español la adopción abierta, un tipo de adopción plena que permite a la persona adoptada obtener la estabilidad derivada de esta institución y, a la vez, mantener sus vínculos personales con la familia de origen. Su finalidad es dar respuesta a aquellos acogimientos de larga duración, en los que el retorno del niño o niña con sus progenitores de origen se torna imposible, pero su mejor interés no recomienda la ruptura del vínculo personal que tiene con algunos miembros de su familia de origen y que se produciría como consecuencia de la constitución de una adopción plena ordinaria. No obstante, la regulación de este tipo adoptivo en la legislación española cuenta con ciertas carencias que impiden su uso como solución óptima para muchas de estas realidades sociales.

En esta comunicación se analizará la figura de la adopción abierta en el ordenamiento español, se identificarán sus limitaciones y se definirán aquellas situaciones a las que, con ciertos ajustes, puede dar una respuesta adecuada.

---

<sup>1</sup> Autora: Paula Sánchez Richarte, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona ([paula.sanchez@upf.edu](mailto:paula.sanchez@upf.edu)). El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación "Nuevos desarrollos en la autodeterminación personal y familiar: del estatus a la autorregulación" (PID2021-123985NB-I00), dirigido por el Dr. Josep Ferrer Riba y financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España.



## 2. Fundamento jurídico de la adopción abierta en el ordenamiento español

La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia<sup>2</sup>, incorporó al ordenamiento jurídico español la adopción abierta<sup>3</sup> mediante la adición de un nuevo apartado al art. 178 CC. Así, el art. 178.4 CC faculta a la autoridad judicial, al constituir la adopción, a acordar el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto entre los miembros de la familia

---

<sup>2</sup> BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

<sup>3</sup> Si bien este tipo adoptivo fue una novedad en el CC, la posibilidad de mantener la relación con la familia de origen ya se encontraba regulada en normativa autonómica (SABATER BAYLE, E., «La adopción abierta», en CABEDO MALLOL, V. / RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (coord.), *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 288-313, p. 291): en los arts. 235-47 del Código Civil de Cataluña (Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia; DOGC núm. 5686, de 5 de agosto de 2010; BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010); 74 de la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia (DOG núm. 134, de 13 de julio; BOE núm. 182, de 30 de julio); y 6 del Decreto 114/2008, del País Vasco, de 17 de junio, por el que se regula el procedimiento de actuación que deberán seguir las Diputaciones Forales en materia de adopción de personas menores de edad (BOPV núm. 122, de 27 de junio). Además, algunas Entidades Públicas, propiciaban, *de facto*, el contacto entre hermanos adoptados por distintas familias o del niño o niña adoptado con sus tíos, abuelos y otros hermanos, con la aceptación de las familias adoptantes (DÍEZ RIAZA, S., «La aplicación de la adopción abierta en España, Una visión en cifras y algo más», *Revista de Derecho de la UNED (RDUNED)*, 2018, pp. 159-182, p. 167). *A posteriori* de la aprobación de la norma por el legislador español, el reconocimiento específico a la adopción abierta también se ha hecho en el art. 186 de la Ley 9/2019, de 19 de febrero, de la Atención y los Derechos de la Infancia y Adolescencia de las Islas Baleares (BOE núm. 89, de 13 de abril de 2019), mediante su remisión a lo dispuesto en el art. 176.2 CC (erróneamente, ya que éste remite a su vez al art. 178.4 CC) y en los arts. 4.1.-b) y 6 del Decreto 101/2018, de 3 de julio por el que se regula la actuación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura en materia de adopción (DOE núm. 132, de 9 de julio de 2018), que a causa de su falta de competencia en materia civil se limita a reproducir la regulación del CC (en HERAS HERNÁNDEZ, M., *La adopción abierta. A propósito del artículo 178.4 del código civil*, J. B. Bosch, Barcelona, 2020, pp. 119-121).

de origen, la adoptiva y el niño o niña adoptado, cuando «el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública», aunque el vínculo de filiación entre ellos se suprima.

La introducción de la adopción abierta al ordenamiento se ha hecho con el objetivo de buscar «alternativas consensuadas, familiares y permanentes que permitan dotar de estabilidad familiar a algunos menores, especialmente los más mayores, cuya adopción presenta más dificultades. A través de la adopción abierta, se flexibiliza la institución de la adopción, posibilitando que la familia de origen acepte mejor la «pérdida», y que el menor pueda beneficiarse de una vida estable en su familia adoptante, manteniendo vínculos con la familia de la que proviene, en especial con sus hermanos, y con la que, en muchos casos, ha mantenido relación durante el acogimiento, relación que aunque no estuviera formalizada continúa por la vía de hecho»<sup>4</sup>.

Su fundamento jurídico se encuentra, en primer lugar, en el mejor interés del menor y el principio de preservación de las relaciones con la familia de origen. El art. 2.2.c) LOPJM<sup>5</sup> establece que uno de los parámetros a tener en cuenta a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, es la conveniencia de que la vida y el desarrollo del niño o niña «tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia», priorizando la «permanencia en su familia de origen» y preservando «el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor». Este principio interpretativo se ha empleado tradicionalmente para dar preferencia al uso de medidas de protección que promueven el retorno del niño o niña al núcleo familiar de origen -acogimiento sobre adopción-, pero también puede ser usado para la promoción de la adopción plena abierta sobre la plena ordinaria. La adopción abierta permite al adoptado, cuando el retorno a la familia de origen no es posible, mantener sus importantes vínculos con dicha familia y, a la vez, promueve su desarrollo en un entorno familiar adecuado y da

---

<sup>4</sup> Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015).

<sup>5</sup> Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996).

cumplimiento a la «necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro» (art. 2.3.d) LOPJM).

Su segundo fundamento se halla en el derecho del niño o niña a conocer sus orígenes, -llegando una parte de la doctrina a calificar la adopción abierta como el paso final que culmina el proceso de búsqueda<sup>6</sup>-, la construcción de su propia identidad y el desarrollo de su personalidad. Ello porque una persona que busca respuestas significativas sobre su identidad es posible que no quede satisfecha con la mera obtención de información o datos estáticos sobre el vínculo genético y la historia personal-familiar, sino que también quiera conocer y desarrollar una relación con sus progenitores biológicos o familiares de origen y obtener información actualizada y continua de ellos. Este fundamento es, sin embargo, cuestionado, por quien considera que no se puede incorporar un «derecho al contacto» dentro del derecho a conocer los orígenes al tratarse de una carga excesiva a los progenitores de origen<sup>7</sup>.

La adopción abierta no es una forma de multiparentalidad en sentido estricto, ya que no crea una relación de filiación de una persona menor de edad con más de dos adultos con funciones parentales. Sin embargo, sí que da cabida a una relación de multiparentalidad más amplia, al reconocer vínculos de relevancia jurídica con ambos grupos de figuras parentales: por un lado, una relación de filiación con los progenitores adoptivos y, por el otro, una limitada a un régimen de relaciones personales con los miembros de la familia de origen, entre los que se pueden encontrar los progenitores de origen.

---

<sup>6</sup> SABATER BAYLE, E., «La adopción abierta en el derecho español», *Actualidad jurídica iberoamericana*, vol. 4 (3), 2016, pp. 66-93, p. 68; SERRANO MOLINA, A., «La adopción abierta. Medidas para fomentar su implantación», *RDUNED: Revista de Derecho UNED*, núm. 22, 2018, pp. 287-318, p. 290.

<sup>7</sup> BESSON, S., «Enforcing the Child's Right to Know Her Origins: Contrasting Approaches under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights», *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2007, pp. 137-159, pp. 145-146.

Este nuevo tipo adoptivo puede dar respuesta a aquellos acogimientos que se alargan porque la familia de origen no dispone de las capacidades adecuadas para el cuidado diario del menor y es previsible que no disponga de ellas a largo plazo, pero su vínculo con el menor es tal que no se recomienda la total ruptura entre ellos. Posibilita que la persona menor de edad disponga de estabilidad y permanencia en la familia que se está haciendo cargo de ella, constituyendo una relación de filiación entre ellos, pero a la vez mantiene el derecho del niño o niña de permanecer y mantener una relación con su familia de origen, así como su derecho a la identidad y a su desarrollo personal. Por tanto, la introducción de la adopción abierta en el ordenamiento jurídico español se considera un avance positivo para los derechos del menor.

### 3. Régimen jurídico de la adopción abierta

El carácter abierto de la adopción en el ordenamiento jurídico español se establece por la autoridad judicial en el momento de constituir la, a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal y cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública. Esta misma resolución fija el régimen de relación, que puede consistir en cualquier forma de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la familia adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando sea posible, la relación entre los hermanos biológicos. Si fuere necesario, el contacto se llevará a cabo con la intermediación de la Entidad Pública o entidades acreditadas a tal fin.

Para poder constituir la adopción como abierta, la familia adoptiva debe prestar su consentimiento definitivo ante la autoridad judicial<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> A día de hoy, existe prácticamente unanimidad en la doctrina en realizar una interpretación restrictiva del art. 178.4 y considerar que quién debe consentir son únicamente los progenitores adoptantes, en vez de toda la familia adoptiva (entre otros, vid. HERAS HERNÁNDEZ, M., *La adopción abierta*, op. cit., p. 159; MAYOR DEL HOYO, M., *La adopción en el derecho común español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p.

En la declaración de idoneidad, realizada por la Entidad Pública de forma previa al procedimiento adoptivo, por la que se categoriza a una persona o una pareja como aptos para una adopción, los adoptantes ya deben hacer constar si aceptarían adoptar a un menor cuyo interés exigiera el mantenimiento de contactos<sup>9</sup>. Pero esta declaración previa realizada en el periodo de determinación de la idoneidad no vincula a los adoptantes para prestar su consentimiento ante la autoridad judicial en el momento de la constitución de la adopción. Ello se justifica en que, en el momento posterior, los adoptantes ya conocen la familia y las circunstancias concretas del menor y pueden valorar si el mantenimiento de la relación específica es adecuado<sup>10</sup>. Del mismo

---

351; SERRANO MOLINA, A., *La adopción abierta*, op. cit., pp. 304-305; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La historia interminable: una nueva reforma de la adopción» en MAYOR DEL HOYO, M., *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 321-350, p. 346; LÓPEZ AZCONA, A., «Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia», *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2016, pp. 1-89, pp. 72-73).

<sup>9</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *La historia*, op. cit., p. 346. Alguna voz discordante reflexiona sobre la idoneidad de unos adoptantes que no están dispuestos a admitir la apertura dentro de su proyecto adoptivo. «En un mundo global como el actual, en el que las comunicaciones son tan fáciles y la necesidad de tener información sobre el propio origen está ampliamente admitida, parece que la no aceptación de esta cuestión podría llevar a dudar de la idoneidad para adoptar en general» (en GÓMEZ BENGOCHEA, B., «La implantación de la adopción abierta en España», *Actualidad civil*, 2018, pp. 1-11, p. 6). Sin embargo, la mayor parte de la doctrina opina que la negativa no condiciona la emisión de la declaración de idoneidad, sino que solo se dará preferencia a estos adoptantes en aquellas adopciones en que se proponga precisamente este tipo de contacto (en MAYOR DEL HOYO, M., *La adopción*, op.cit., p. 352, nota a pie de página 683; LÓPEZ AZCONA, A., *Luces y sombras*, op. cit., p. 60). También es de ésta última opinión el Consejo Fiscal (en Fiscalía General del Estado, Consejo Fiscal, *Informe al Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia*, Madrid, 11 de julio de 2014, pp. 75-76). Me inclino por esta segunda posición, dado que la adopción abierta y el mantenimiento de contactos no serán la opción adecuada para todos los menores y una negativa a formar parte de ellos no tiene por qué conllevar una negativa a informar al niño o niña sobre sus orígenes.

<sup>10</sup> MAYOR DEL HOYO, M., «Art. 178», en CAÑIZARES LASO, A. / DE PABLO CONTRERAS, P. / ORDUÑA MORENO, J. / VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (dir.), *Código civil comentado*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 939-952, p. 950.

modo, pueden negarse a consentir únicamente a una adopción abierta condicionada a un plan concreto<sup>11</sup>.

También debe prestar su consentimiento en ese momento el adoptando, si fuere mayor de doce años, a la adopción en general (art. 177 CC) y, «si tuviera suficiente madurez y siempre si fuere mayor de doce años» a la adopción abierta<sup>12</sup> (art. 178.4 CC)<sup>13</sup>. Para la correcta formulación del consentimiento, los adoptandos deben haber sido informados de forma adecuada y adaptada a su edad y grado de madurez<sup>14</sup> de las consecuencias tanto de la adopción en general, como del propio régimen de relaciones que se fija (periodicidad, duración, lugar) y las personas con las que se fija. El consentimiento debe otorgarse específicamente para un tipo de relación determinado, al

<sup>11</sup> HERAS HERNÁNDEZ, M., *La adopción abierta*, op. cit., p. 158.

<sup>12</sup> Será oído el adoptando menor de doce años de acuerdo a su edad y madurez (art. 178.4 CC).

<sup>13</sup> La regulación entre ambos consentimientos colisiona, lo que puede llevar a situaciones como que una persona menor de edad no tenga que consentir a su adopción, pero sí al contacto con sus familiares de origen después de la adopción. El enfoque en el segundo caso prioriza la capacidad progresiva de las personas menores de edad en el proceso de autodeterminación de su propio interés, valorada en todo momento por la autoridad judicial, si es necesario, con la ayuda de otros profesionales (en HERAS HERNÁNDEZ, M., *La adopción abierta*, op. cit., pp. 134-136). La diferenciación, sin embargo, podría estar justificada. El consentimiento a la adopción implica una modificación del estado civil de forma irrevocable y, por ello, el ordenamiento opta por el criterio objetivo de edad, que aporta seguridad jurídica y evita problemas respecto a su validez. En cambio, permite apreciaciones subjetivas de la madurez cuando el vínculo jurídico de filiación no depende del consentimiento. De esta forma, si la autoridad judicial considera que un menor de 12 años no tiene madurez suficiente para consentir a su adopción abierta, prescinde de él y declara el carácter abierto de la misma, la impugnación de dicha decisión afectará únicamente al carácter abierto y no al vínculo de filiación (en MAYOR DEL HOYO, M., *La adopción*, op. cit., pp. 204-206, 349).

<sup>14</sup> «En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor [...] se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento» (art. 9 LOPJM).

plan de contactos propuesto y respecto a las personas con quienes la relación se plantea<sup>15</sup>.

Una vez constituida la adopción abierta, el régimen de visitas será monitorizado por la Entidad Pública, que remitirá a la autoridad judicial informes periódicos sobre su desarrollo, así como propuestas para su mantenimiento o modificación durante los dos primeros años, y, transcurridos éstos, a petición de la autoridad judicial.

El plan de contactos tiene vocación de estabilidad, pero no se construye como una solución inalterable o definitiva, ya que se verá afectado por las circunstancias sobrevenidas y cambios vitales que inevitablemente acontezcan, sean externos a la relación o propios de la misma<sup>16</sup>. Por ello, la norma articula tres tipos de medidas de revisión: la modificación, referida a un cambio en el tipo de relación o sus términos para detectar y enmendar posibles disfunciones; la suspensión temporal, referida a la finalización del plan de contactos durante un periodo de tiempo no definitivo<sup>17</sup>; y la supresión, referida a la finalización definitiva del plan de contactos acordado judicialmente<sup>18</sup>. La autoridad judicial, de oficio y con causa en la

---

<sup>15</sup> HERAS HERNÁNDEZ, M., *La adopción abierta*, op. cit., pp. 136-137.

<sup>16</sup> Ejemplos de estos cambios pueden ser la evolución personal y familiar del adoptado, su personalidad cambiante cuando es joven o adolescente y el incremento de su capacidad y madurez para decidir libremente con quien se relaciona; «el estado de salud del menor adoptado o del pariente con quien se fija la relación; la aparición de nuevas y particulares necesidades en la persona adoptada [...] el propio desenvolvimiento de la relación que puede verse afectada por incumplimientos voluntarios más o menos reiterados», entre otros (en HERAS HERNÁNDEZ, M., *La adopción abierta*, op. cit., pp. 212-213).

<sup>17</sup> Se debe a una interrupción temporal por alguna dificultad transitoria o a conflictos susceptibles de resolverse con la intervención, intermediación y apoyo de la Entidad Pública, que impiden dotar de continuidad a las relaciones fijadas de forma temporal. En algunos casos, la suspensión puede ser previa a la supresión cuando las dificultades, en vez de resolverse, se agravan (en HERAS HERNÁNDEZ, M., *La adopción abierta*, op. cit., pp. 218-219).

<sup>18</sup> Se debe evitar que cualquier dificultad conlleve la supresión de las relaciones y solo adoptarse para aquellos supuestos de extrema gravedad (en HERAS HERNÁNDEZ, M., *La adopción abierta*, op. cit., p. 219). Un paso intermedio antes de la suspensión o la supresión podría ser acudir a los servicios de mediación y al apoyo de psicólogos o

información obtenida en los informes de la Entidad Pública, puede acordar la modificación, suspensión o supresión del régimen de visitas. La Entidad Pública, la familia adoptiva, la familia de origen y el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, están legitimados para solicitar la suspensión o supresión del régimen<sup>19</sup>.

Nada se establece en la norma sobre el procedimiento a seguir para llevar a cabo la modificación, suspensión o supresión<sup>20</sup>. En todo caso, el procedimiento debería ser de jurisdicción voluntaria, igual que el de adopción, y cumplir con los requisitos establecidos en los arts. 178.4 CC y 33 a 39 LJV<sup>21</sup>.

#### 4. Carencias de la regulación

Si bien la introducción de la adopción abierta es un avance positivo en el ordenamiento, su escasa regulación, de apenas cuatro párrafos, implica la existencia de ciertas carencias que impiden a su régimen ser el adecuado para dar una solución jurídica óptima a las realidades que pretende cubrir. Cabe destacar cuatro de estas carencias, por ser las más relevantes en el desarrollo de la figura.

---

juristas (en SERRANO MOLINA, A., *La adopción abierta*, op. cit., p. 311-312).

<sup>19</sup> Algunos autores se inclinan por pensar que una interpretación amplia de la norma también les legitimaría para solicitar la mera modificación del régimen. En este sentido, HERAS HERNÁNDEZ, M., *La adopción abierta*, op. cit., pp. 214-215; MAYOR DEL HOYO, M., *Art. 178*, op. cit., p. 951.

<sup>20</sup> HERAS HERNÁNDEZ, M., *La adopción abierta*, op. cit., p. 220. El propio CGPJ, en su informe al anteproyecto de la Ley, recomendó que «debería regularse el procedimiento para la modificación o finalización de esta adopción, consecuencias de ello y personas legitimadas para solicitarlo, entre las que, obviamente, deberá encontrarse el Ministerio Fiscal, a quien la Entidad pública tendría que remitir también informes de las visitas o contactos» (Pleno del Consejo General del Poder Judicial, reunión del día treinta de septiembre de dos mil catorce, *Informe al Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia*, p. 86).

<sup>21</sup> Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015).



#### 4.1. El momento para establecer el carácter abierto de la adopción

El carácter abierto únicamente puede establecerse por la autoridad judicial en el momento de constituir la adopción, impidiendo la literalidad de la norma que se simplemente en un momento posterior<sup>22</sup>. En aquellos casos en que la autoridad judicial no constituya la adopción como abierta porque en el momento de su constitución las circunstancias no lo recomienden, posteriormente, si se produce un cambio de circunstancias, no podrá acordar dicha apertura.

El obstáculo podría salvarse si la autoridad judicial, previendo el posible cambio de circunstancias posterior, constituyera la adopción como abierta, pero suspendiera el régimen de visitas de forma indefinida. Sin embargo, podría ser recomendable positivizar la posibilidad de la constitución posterior de un régimen de contactos, para aquellos casos en que el cambio de circunstancias no pudiera preverse o no hubiera sido previsto. En todo caso, la apertura posterior a la constitución de la adopción solo debería plantearse con el consentimiento del adoptado, si tuviera madurez suficiente, y en aquellos supuestos en que los adoptantes hayan mostrado su predisposición a ella en la declaración de idoneidad o posteriormente<sup>23</sup>, tras determinar que la introducción de visitas es lo mejor para el menor.

---

<sup>22</sup> El criterio ha sido confirmado por alguna jurisprudencia, como la sentencia de la AP Granada (Sec. 5ª) 318/2021, de 26 de octubre de 2021 (Roj: SAP GR 1616/2021; ECLI:ES:APGR:2021:1616), que recuerda que «conforme establece el art. 178.4, párrafo segundo del C.C, tal medida deberá ser acordada por el Juez "... al constituir la adopción". Y, por tanto, no es procedente emitir pronunciamiento alguno al respecto en el presente procedimiento de oposición a la exclusión del asentimiento a la adopción» (FJ 3). Sin embargo, hay alguna resolución en la que se sugiere que se valoren las visitas en un momento posterior, p.e., el auto de la AP Navarra (Sec. 3ª) núm. 206/2015, de 28 de octubre de 2015 (Roj: AAP NA 64/2015; ECLI:ES:APNA:2015:64A) establece que «consideramos oportuno dejar constancia de la posibilidad conforme al contenido del artículo 178 del Código Civil [...] de acordarse en un futuro, si así se estima conveniente y se cumplen los requisitos legales, y siempre en interés del menor, de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones con la madre biológica» (FD 5).

<sup>23</sup> De esta forma se evitaría que «la incertidumbre que lo contrario podría generar en

## 4.2. La necesaria propuesta de la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal

La autoridad judicial únicamente puede plantear el carácter abierto de la adopción a partir de una propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal<sup>24</sup> donde se valore como aconsejable por la situación familiar del menor adoptado, su edad u otra circunstancia significativa<sup>25</sup>. La norma no hace ninguna referencia expresa a la posible constitución de oficio ni a instancia de alguna de las partes. Tampoco permite a los interesados suscribir pactos fijando el tipo de relación entre la persona adoptada y los miembros de su familia de

---

personas que no desean una adopción de estas características podría llevar a desincentivar el ofrecimiento para adoptar», «la declaración de idoneidad para adoptar no exige esta disposición a la apertura» y «la e[x]pectativa de un posible cambio podría ser fuente de presiones por parte de los interesados en el mismo», argumentos esgrimidos en contra de la posibilidad de abrir la adopción posteriormente a su constitución en MAYOR DEL HOYO, M., *La adopción*, op. cit., pp. 348-349, nota a pie de página 672.

<sup>24</sup> Para elaborarla, contará con la información necesaria obtenida de la Entidad Pública (HERAS HERNÁNDEZ, M., *La adopción abierta*, op. cit., p. 184). En el caso de que no sea preceptiva la propuesta de la Entidad Pública para la constitución de la adopción (art. 176.2 CC) y sean los propios adoptantes los que acudan a la autoridad judicial para su establecimiento, éstos deberán poner en conocimiento del Ministerio Fiscal que consideran oportuno el establecimiento de un régimen de relación para que, si éste lo estima conveniente, remita la propuesta a la autoridad judicial (MAYOR DEL HOYO, M., *La adopción*, op. cit., pp. 348-349).

<sup>25</sup> Así ha sido confirmado por alguna jurisprudencia, como la ya mencionada sentencia de la AP Granada (Sec. 5ª) 318/2021, de 26 de octubre de 2021 (Roj: SAP GR 1616/2021; ECLI:ES:APGR:2021:1616), en su FJ 3 («no es procedente emitir pronunciamiento alguno al respecto en el presente procedimiento de oposición a la exclusión del asentimiento a la adopción. Más aún, cuando, según el mismo precepto, todo acuerdo al respecto, deberá ir precedido de la correspondiente "...propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal»), o de la AP Oviedo (Sec. 5ª) núm. 437/2019, de 11 de diciembre de 2019 (Roj: SAP O 4413/2019; ECLI:ES:APO:2019:4413), FD 2 («mientras el precepto establece la legitimación, entre otros, de la familia de origen para solicitar la suspensión o supresión de las visitas, para interesar su adopción ha de ser a propuesta del Ministerio Fiscal o de la Administración Pública, no haciéndose referencia a la familia de origen»).

origen<sup>26</sup>, que deban ser posteriormente revisados y homologados por la autoridad judicial<sup>27</sup>.

La inexistencia de una opción por la que las partes puedan proponer a la autoridad judicial la apertura de la adopción es una carencia del sistema. La adopción abierta exige un alto grado de colaboración, por lo que la concurrencia del compromiso favorable de todas las partes y los consentimientos prestados son de gran importancia para el correcto desarrollo del régimen<sup>28</sup>. La creación conjunta del plan de contactos permitiría la construcción de la relación, la delimitación de roles, la participación de las diferentes partes y el posterior mayor cumplimiento, así como una mayor flexibilidad. El acuerdo podría ser un remedio crucial para reducir aquella tensión que se haya creado en el periodo de guarda preadoptiva o acogimiento y para tomar decisiones conjuntas que permitan solucionar problemas derivados del contacto postadoptivo. Por último, un acuerdo homologado por la autoridad judicial evitaría la aparición de acuerdos privados que pueden no representar el interés del menor, no son reconocidos legalmente y no pueden ejecutarse.

---

<sup>26</sup> No obstante, la Dirección General del Registro y del Notariado (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) en su resolución núm. 30/2014, de 14 octubre (La Ley 245392/2014), homologó una adopción abierta extranjera con pactos privados de contacto. Argumentó que «el hecho de que se establezca un convenio postadopción que incluya determinadas visitas con la madre biológica de los menores adoptados, no entra en contradicción con lo establecido en la Ley española relativo a la necesidad de extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen, puesto que el establecimiento de dicho convenio entraría dentro de la esfera de decisión de los padres adoptivos que tendrían el derecho de acordar quién puede contactar con sus hijos» (FD V).

<sup>27</sup> El carácter negocial es necesario, pero siempre con las garantías de la revisión judicial posterior. El acuerdo entre las partes no puede ser determinante de los efectos de la adopción, sino que éstos deben ser establecidos formalmente mediante resolución judicial para evitar soluciones contrarias al mejor interés del menor (en HERAS HERNÁNDEZ, M., *La adopción abierta*, op. cit., pp. 28, 84-85, 204; VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., «La nueva figura de la adopción abierta en el ordenamiento jurídico español. Aproximación a la regulación de las *open adoptions* en el Derecho anglosajón», *Actualidad Civil*, 2017, pp. 1-32, p. 11).

<sup>28</sup> HERAS HERNÁNDEZ, M., *La adopción abierta*, op. cit., pp. 81-83, 189.

La restricción normativa se justifica en el mantenimiento de las garantías del proceso. Sin embargo, permitir que sean las partes las que propongan un régimen a la autoridad judicial no elimina dichas garantías, en primer lugar, porque la Entidad Pública y el Ministerio Fiscal seguirán siendo parte del proceso y podrán expresar sus opiniones al respecto y, en segundo lugar, porque dicha propuesta tendrá que ser revisada y posteriormente homologada por la autoridad judicial únicamente en aquellos casos en que se considere lo mejor para el interés del menor.

### 4.3. La falta de consentimiento de la familia de origen

El art. 178.4 CC no exige el consentimiento de la familia de origen<sup>29</sup> con la que el adoptado va a mantener una relación para poder constituir la adopción abierta. La elusión ha sido altamente criticada por la doctrina<sup>30</sup>, al implicar no únicamente que se esté imponiendo una relación jurídica a unas personas que puede que no consientan a la misma o a su propuesto desarrollo, lo que podría traducirse en una vulneración del derecho de defensa (art. 24 CE), sino que también suprime el elemento colaborativo necesario, en mayor o menor

---

<sup>29</sup> Si bien los progenitores de origen, al no ser parte de la relación de filiación que la adopción crea, únicamente tienen que asentir a dicha adopción, y siempre que no «estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación», «se encuentren imposibilitados para ello» o «tuvieren suspendida la patria potestad cuando hubieran transcurrido dos años desde la notificación de la declaración de situación de desamparo [...]» (art. 177.2.2º), su declaración de voluntad a las relaciones derivadas de la adopción abierta que les incluyan puede ser calificada de consentimiento, ya que integrarán el régimen jurídico de contactos que se establezca. Cf. art. 94 CC, que permite a la autoridad judicial, en caso de crisis matrimonial, reconocer un derecho de comunicación y visita a los hermanos, abuelos, parientes o allegados del menor, al que éstos «deberán prestar su consentimiento».

<sup>30</sup> HERAS HERNÁNDEZ, M., *La adopción abierta*, op. cit., pp. 152-154; MAYOR DEL HOYO, M., *La adopción*, op. cit., pp. 349-350. La necesidad del «triple consenso» entre los padres biológicos, los adoptantes y el adoptado ya fue valorada por la Fiscalía General del Estado, Consejo Fiscal, en su *Informe al Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia*, Madrid, 11 de julio de 2014, p.76.

medida, de los partícipes en el plan de contactos. Una oposición clara al mantenimiento de una relación por parte de los familiares de origen difícilmente derivará en una situación beneficiosa para el menor, lo que, con la regulación actual, deberá valorarse por la autoridad judicial. En caso de que el contacto se mantuviera con un hermano menor de edad adoptado por otra familia, sería necesaria la colaboración no solo del hermano sino también de la otra familia<sup>31</sup>, por lo que el consentimiento debería otorgarse por todos los implicados.

El CC no resuelve si el preceptivo asentimiento de la familia de origen a la adopción en general (art. 177.2.2º) podría realizarse únicamente a una adopción abierta o a un plan de contactos concreto<sup>32</sup>. Una parte de la doctrina, con la que coincido, tiende a considerar que, en los casos en que los progenitores de origen pueden rechazar totalmente la adopción de su hijo o hija, podría ser razonable entender que puedan rechazar únicamente las adopciones plenas ordinarias y permitir las plenas abiertas<sup>33</sup>. El asentimiento limitado no queda excluido por la norma y permitiría salvar, en parte, la falta de consentimiento a la adopción abierta. Sin embargo, esta opción no daría solución a aquellos casos en que los padres de origen no necesitan asentir a la adopción ni aquellos en que el plan de contactos se establece con otros miembros de la familia de origen.

---

<sup>31</sup> CALLEJO RODRÍGUEZ, C., «Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia», en BERROCAL LANZAROT, M. / CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (coord.), *La protección jurídica de la infancia y la adolescencia tras la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio*, Wolters Kluwer: La Ley, Madrid, 2017, pp. 323-418, p. 402.

<sup>32</sup> HERAS HERNÁNDEZ, M., *La adopción abierta*, op. cit., pp. 153-154, 169-170. Se excluye expresamente que el asentimiento se refiera a unos adoptantes en concreto, pero nada se dice explícitamente sobre las condiciones de la adopción.

<sup>33</sup> HERAS HERNÁNDEZ, M., *La adopción abierta*, op. cit., pp. 152-154, 170; MAYOR DEL HOYO, M., *La adopción*, op. cit., pp. 349-351; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *La historia*, op. cit., pp. 347-348.

#### 4.4. La falta de regulación de un procedimiento de ejecución

El legislador no ha regulado ningún cauce jurídico específico para que las partes puedan ejecutar el plan de contactos establecido en caso de incumplimiento. La única solución específica actual pasa por acudir a la intermediación de la Entidad Pública o a soluciones extrajudiciales<sup>34</sup>. Si los métodos extrajudiciales no impiden el incumplimiento, las partes deberán recurrir a los sistemas de ejecución ordinarios, que, ya adelanto, no se adecuan a las especialidades del tipo adoptivo.

La primera opción consistiría en acudir a los remedios establecidos en los arts. 705 a 711 LEC<sup>35</sup>, referidos a la ejecución forzosa de obligaciones de hacer por persona determinada, que se substituyen finalmente por una indemnización de daños y perjuicios. El art. 776.2<sup>o</sup> LEC impide, no obstante, la sustitución automática por el equivalente pecuniario del art. 709 LEC en los casos de incumplimiento de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo en los procedimientos de ruptura matrimonial, y lo substituye, si así lo conviene la autoridad judicial, por multas coercitivas mensuales durante todo el tiempo que sea necesario. Esto podría ser extrapolable a los casos de incumplimiento del plan de contactos en las adopciones abiertas. A pesar de ello, el cumplimiento forzoso podría resultar contraproducente y provocar más lejanía entre las partes implicadas<sup>36</sup>.

La segunda opción podría ser la otorgada en el art. 776.3<sup>o</sup> LEC para el incumplimiento del régimen de relaciones personales con los hijos derivados de rupturas matrimoniales, que permite llevar a cabo una modificación del régimen de visitas, ello siempre que dicha modificación sea lo mejor para el menor. En caso de que ello no fuera lo mejor para el interés del menor, algún autor<sup>37</sup> defiende la posible imposición de multas coercitivas o, incluso, indemnizaciones de daños y perjuicios, en base a los mismos artículos. De nuevo, la modificación

---

<sup>34</sup> HERAS HERNÁNDEZ, M., *La adopción abierta*, op. cit., p. 80.

<sup>35</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 de enero del 2000).

<sup>36</sup> HERAS HERNÁNDEZ, M., *La adopción abierta*, op. cit., pp. 198-199.

<sup>37</sup> SERRANO MOLINA, A., *La adopción abierta*, op. cit., p. 312.

de un régimen que se ha construido especialmente pensando en las necesidades del menor, puede resultar contraproducente.

## 5. Conclusiones

En la presente comunicación se ha analizado la figura de la adopción abierta en su reciente introducción al ordenamiento jurídico español. Dicho tipo adoptivo ha otorgado protección jurídica, en particular, a aquellas situaciones en que, por un lado, existe una familia acogedora por un largo periodo de tiempo dispuesta a adoptar al menor acogido y otorgarle la necesaria estabilidad indispensable para su desarrollo y, por el otro lado, una familia de origen que, a pesar de que no dispone y no dispondrá de las habilidades adecuadas para el cuidado del niño o niña, tiene un papel importante en su vida.

La incorporación de la adopción abierta se ha valorado como positiva. Sin embargo, su escasa regulación también ha permitido identificar algunas carencias importantes que implican que su uso se complique. El régimen establecido coarta la colaboración necesaria para que el desarrollo de la figura se realice en condiciones óptimas, restringe la flexibilidad de la medida y no regula procedimientos necesarios para su desarrollo. Por ello, se proponen cuatro modificaciones para que su implementación sea más efectiva:

1. Permitir que el carácter abierto de la adopción se establezca tanto en la resolución de constitución de la adopción como en un momento posterior, a través de un procedimiento análogo al de modificación de medidas, si las circunstancias de la familia cambian.

2. Legitimar a las partes para proponer de común acuerdo la apertura de la adopción a la autoridad judicial, quien posteriormente deberá revisar que dicho acuerdo se rige por el mejor interés del menor.

3. Establecer como preceptivo el consentimiento de los miembros de la familia de origen que formarán parte del plan de contactos para que la autoridad judicial pueda imponerlo.

4. Regular un procedimiento de ejecución propio y adaptado a las características concretas del tipo adoptivo. En el supuesto de incumplimiento por los miembros de la familia de origen, el remedio podría pasar por aplicar analógicamente el art. 776.3º LEC y modificar el régimen de relación, ello siempre que dicha modificación sea lo mejor para el menor. En caso contrario, una ejecución forzosa del régimen podría ser contraproducente. En el supuesto de incumplimiento por los progenitores adoptivos, una ejecución forzosa mediante multas coercitivas, aplicando analógicamente el art. 776.2º LEC, podría ser más adecuada. Finalmente, en caso de incumplimiento por la persona adoptada, la autoridad judicial debería valorar si la ejecución forzosa del régimen relacional corresponde al mejor interés del menor.

Por último, a pesar de que la adopción abierta ha sido un avance positivo en el ordenamiento español que ha dado cobertura jurídica a algunas de las realidades familiares actuales, al ser una tipología de adopción plena puede no ser adecuada para dar respuesta a otros contextos en que el cuidado del menor está también siendo ejercido por un adulto diferente al progenitor de origen. Entre ellos, destacan las familias acogedoras donde es beneficioso para el menor mantener un vínculo de filiación con la familia de origen a pesar de que el retorno a su cuidado sea imposible, las familias reconstituidas en las que las parejas de los progenitores actúan como figuras parentales pero la relación de filiación del hijo o la hija con el progenitor de origen permanece intacta, o las familias multiparentales que se crean posteriormente al nacimiento del menor añadiendo a otros participantes. En estos contextos, la adopción abierta es insuficiente.

## Bibliografía

BESSON, S., «Enforcing the Child's Right to Know Her Origins: Contrasting Approaches under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights», *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2007, pp. 137-159.

CALLEJO RODRÍGUEZ, C., «Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección



a la infancia y la adolescencia», en BERROCAL LANZAROT, M. / CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (coord.), *La protección jurídica de la infancia y la adolescencia tras la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio*, Wolters Kluwer: La Ley, Madrid, 2017, pp. 323-418.

DÍEZ RIAZA, S., «La aplicación de la adopción abierta en España, Una visión en cifras y algo más», *Revista de Derecho de la UNED (RDUNED)*, 2018, pp. 159-182.

GÓMEZ BENGOCHEA, B., «La implantación de la adopción abierta en España», *Actualidad civil*, II, 2018, pp. 1-11.

HERAS HERNÁNDEZ, M., *La adopción abierta. A propósito del artículo 178.4 del Código civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 2020.

LÓPEZ AZCONA, A., «Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2185, 2016, pp. 1-89.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La historia interminable: una nueva reforma de la adopción» en MAYOR DEL HOYO, M., *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 321-350.

MAYOR DEL HOYO, M., *La adopción en el derecho común español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MAYOR DEL HOYO, M. «Art. 178», en CAÑIZARES LASO, A. / DE PABLO CONTRERAS, P. / ORDUÑA MORENO, J. / VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (dir.), *Código civil comentado*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 939-952.

SABATER BAYLE, E., «La adopción abierta», en CABEDO MALLOL, V. / RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (coord.), *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 288-313.

SABATER BAYLE, E., «La adopción abierta en el derecho español», *Actualidad jurídica iberoamericana*, vol. 4 (3), 2016, pp. 66-93.

SERRANO MOLINA, A., «La adopción abierta. Medidas para fomentar su implantación», *RDUNED: Revista de Derecho UNED*, núm. 22, 2018, pp. 287-318.

VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., «La nueva figura de la adopción abierta en el ordenamiento jurídico español. Aproximación a la regulación de las *open adoptions* en el Derecho anglosajón», *Actualidad Civil*, núm. 4, 2017, pp. 1-32.

## **Informes**

Pleno del Consejo General del Poder Judicial, reunión del día treinta de septiembre de dos mil catorce, *Informe al Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia*.

Fiscalía General del Estado, Consejo Fiscal, *Informe al Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia*, Madrid, 11 de julio de 2014.

PARTE II

LA FILIAZIONE ADOTTIVA



# Per una riforma della disciplina dell'adozione, nell'interesse del minore

*Claudia Benanti*

**ABSTRACT:** La possibilità di costituire, mediante l'adozione in casi particolari, un rapporto di filiazione adottiva tra il nato da pratiche di fecondazione assistita vietate dall'ordinamento italiano ed il genitore di intenzione è ormai divenuta una regola di diritto vivente. Ciò ha reso auspicabile una riforma della disciplina, che colleghi gli effetti dell'adozione all'interesse concreto del minore, prescindendo da valutazioni attinenti alla sfera soggettiva e comportamentale dell'adottante o degli adottanti.

**SOMMARIO:** 1. Inidoneità dell'adozione in casi particolari a tutelare l'interesse del minore alla bigenitorialità. – 2. Riduzione in via interpretativa delle differenze tra adozione legittimante e adozione in casi particolari. – 3. Conclusioni.

## **1. Inidoneità dell'adozione in casi particolari a tutelare l'interesse del minore alla bigenitorialità**

L'assetto originario dei rapporti tra l'adozione legittimante e l'adozione in casi particolari (di séguito, anche "adozione mite"), che consentiva il ricorso alla seconda soltanto in casi specifici nei quali l'interesse concreto del minore sconsigliasse di optare per la prima, è stato messo in discussione dalla prassi di ricorrere all'adozione in casi particolari per costituire un rapporto di filiazione (adottiva) tra il bambino concepito all'estero mediante pratiche di procreazione medicalmente assistita vietate in Italia ed il genitore d'intenzione. Si

tratta, precisamente, della fecondazione eterologa da parte di una coppia di donne e della maternità surrogata.

Essendo queste pratiche consentite in altri Stati, negli ultimi anni i giudici italiani si sono trovati a dovere decidere della legittimità o meno del rifiuto dell'ufficiale dello stato civile ora di trascrivere atti di nascita (o provvedimenti giurisdizionali) formati all'estero, nella parte in cui costituivano un rapporto di filiazione tra il minore ed il genitore d'intenzione ora di formare direttamente l'atto di nascita del minore indicando la doppia genitorialità (del genitore biologico e del genitore d'intenzione). Non è stato messo in discussione, invece, il diritto del minore alla costituzione del rapporto di filiazione con il genitore biologico, che abbia anche assunto la responsabilità della procreazione – la partoriente nel caso della procreazione medicalmente assistita da parte di una coppia di donne e l'uomo che ha dato il seme nella maternità surrogata – sancito dalla Corte Edu nei noti casi *Menesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*<sup>1</sup>.

Nella valutazione di queste fattispecie l'interesse dello Stato a disincentivare il ricorso all'estero a pratiche vietate al suo interno e a tutelare i valori sottostanti a tali divieti è entrato in conflitto con l'interesse del nato "alla genitorialità, alla parentela, all'identità, all'affettività"<sup>2</sup> e con le regole sulla libera circolazione delle persone e degli *status* all'interno dell'Unione europea.

Mentre nel caso della fecondazione eterologa effettuata da una coppia di donne gli ostacoli al riconoscimento del rapporto di filiazione con la madre di intenzione - che, in alcuni casi, è anche la madre genetica - sono rappresentati dal fatto che la legge italiana consente l'accesso alla procreazione medicalmente assistita soltanto a coppie eterosessuali e non prevede che si possa formare un atto di

---

<sup>1</sup> Corte Edu, 26 giugno 2014, ric. 65192/11, *Menesson c. Francia* e Corte Edu, 26 giugno 2014, ric. 65941/11, *Labassee c. Francia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, pp. 1122-1132, con nota di CAMPIGLIO, C., «Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)», *ivi*, pp. 1132-1139, hanno ritenuto che l'impossibilità di far emergere in Francia nell'atto di nascita il rapporto di filiazione col padre biologico e conseguentemente di acquistare la nazionalità francese ledesse il diritto alla vita privata e familiare dei minori nati negli Stati Uniti a séguito della pratica di maternità surrogata.

<sup>2</sup> Sono parole di PALAZZO, A., «Stato di filiazione e genitorialità equiparate», in CAVALLARO, M., ROMEO, F., BIVONA, E., LAZZARA M. (a cura di), *Sui mobili confini del diritto. Tra pluralità delle fonti ufficiali e moltiplicarsi di formanti normativi "di fatto"*. Scritti in onore di Massimo Paradiso, Giappichelli, Torino, 2022, p. 322.

nascita indicando due genitori del medesimo sesso, nel caso della maternità surrogata ci si trova di fronte ad una pratica sanzionata penalmente, perché ritenuta lesiva della dignità della gestante e, pertanto, contraria ad un principio di ordine pubblico<sup>3</sup>. Il diverso spessore dei due problemi giuridici si apprezza anche a livello internazionale, dove sono diversi gli Stati che consentono l'accesso alla procreazione medicalmente assistita a coppie del medesimo sesso (la Spagna, per dirne uno), mentre sono pochi quelli che ammettono la maternità surrogata (India, Canada, California, Ucraina, Russia e pochi altri)<sup>4</sup> e si riflette anche nelle soluzioni individuate dalla giurisprudenza nazionale. Difatti, soltanto qualora sia esclusa la preesistenza di un accordo di maternità surrogata, la giurisprudenza ha ammesso la trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero dal quale risulta che il nato ha due genitori del medesimo sesso, non potendosi ritenere che ciò contrasti con l'ordine pubblico internazionale<sup>5</sup>. Tuttavia, questa soluzione non è ritenuta percorribile quando occorre formare l'atto di nascita di un bambino nato in Italia, in ragione del combinato disposto dell'art. 1, comma 20, l. 20 maggio

---

<sup>3</sup> Sul dibattito, sviluppatosi anche in dottrina relativamente al concetto di ordine pubblico da assumere come rilevante nel caso della maternità surrogata v., *ex plurimis*, con diversità di accenti, GRASSO, A. G., *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 193-225 (il quale considera la maternità surrogata altruistica rispettosa dell'ordine pubblico); BARBA, V., «Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019», *GenIUS*, 2019; SALANITRO, U., «Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità», *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, pp. 737-741; PERLINGIERI, G., ZARRA, G., *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019 e, altresì, un mio lavoro non recentissimo: BENANTI, C., «La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore», *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, pp. 243-244. Sulla nozione di ordine pubblico costituzionale v. PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, *passim*.

<sup>4</sup> Il dibattito relativo alla conformità della maternità surrogata all'ordine pubblico si è sviluppato in diversi altri Stati europei, come Francia, Germania, Spagna. In particolare, sullo stato della questione nel diritto spagnolo cfr. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., «Interés superior del menor y maternidad subrogada: estado de la cuestión en el derecho español», in BIANCA, M. (a cura di), *The best interest of the child*, ed. Univ. La Sapienza, Roma, 2021, pp. 131-146.

<sup>5</sup> Cfr. Cass., 23 agosto 2021, n. 23319; CASS., 15 giugno 2017, n. 14878, in *Fam. dir.*, 2018, pp. 5-9, con nota di LONGO, F., «Le "due madri" e il rapporto biologico», *ivi*, pp. 9-18; Cass., 30 settembre 2016, n. 19599.

2016, n. 76 e dell'art. 29, comma 2, d.P.R. n. 396 del 2000<sup>6</sup>. A questo fine bisognerebbe riformare la disciplina, così come ha rilevato la Corte costituzionale<sup>7</sup>.

In quest'ultimo caso e nell'ipotesi in cui vi sia stata gestazione per altri si è trovata una soluzione di compromesso nella costituzione di un rapporto di filiazione adottiva tra il nato e il genitore d'intenzione, con effetti più limitati di quelli prodotti dall'adozione legittimante e, pertanto, non equiparabili alla filiazione piena<sup>8</sup>. Questo risultato è stato raggiunto mediante una lettura evolutiva dell'art. 44, comma 1, lett. d), l. 4 maggio 1983, n. 184 (l. ad.), la quale ha esteso il requisito della "constatata impossibilità di affidamento preadottivo", originariamente riferito esclusivamente all'impossibilità di fatto, ai casi nei quali l'adozione legittimante sarebbe preclusa dalla mancanza dello stato di abbandono in capo al minore, il quale abbia già un genitore che se ne prenda cura (impossibilità giuridica)<sup>9</sup>.

Questa interpretazione si è diffusa nella prassi e, pur non costituendo una soluzione ottimale (per le ragioni che si diranno), sembra collocarsi all'interno del margine di discrezionalità che la Corte

---

<sup>6</sup> Cfr. Corte cost., 4 novembre 2020, n. 230, in *Fam. dir.*, 2021, pp. 677-680, con nota di DOGLIOTTI, M., «Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?», *ivi*, pp. 688-703.

<sup>7</sup> Corte cost., n. 230 del 2020, cit.

<sup>8</sup> Cfr., *ex plurimis*, Cass., ord. 13 luglio 2022, n. 22179; Cass., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, pp. 741-756, con nota di SALANITRO, U., *op. cit.*; in *Giur. it.*, 2020, pp. 1623-1625, con note di SALVI, G., «Gestazione per altri e ordine pubblico: le Sezioni Unite contro la trascrizione dell'atto di nascita straniero», *ivi*, pp. 1625-1631 e di VALONGO, A., «La c.d. "filiazione omogenitoriale" al vaglio delle Sezioni unite della Cassazione», *ivi*, pp. 544-558. Tra i commenti alla sentenza delle Sezioni unite si segnalano anche PERLINGIERI, G., «Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni unite sulla c.d. maternità surrogata», in *Dir. succ. fam.*, 2019, pp. 337-345; RECINTO, G., «La decisione delle Sezioni unite in materia di cd. maternità surrogata: non tutto può e deve essere "filiazione"», *Dir. succ. fam.*, 2019, pp. 347-354; BARBA, V., *op. cit.*; VENUTI, M. C., «Le sezioni unite e l'omopaternalità: lo strabico bilanciamento tra il *best interest of the child* e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri», *GenIUS*, 2019, pp. 1-17.

<sup>9</sup> La correttezza di questa interpretazione è stata posta in dubbio da AULETTA, T., «Modelli familiari, disciplina applicabile e prospettive di riforma», *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 640. Nello stesso senso si è espressa, da ultimo, MENDOLA, A., «Riflessioni di diritto comparato in tema di genitorialità sociale», *Dir. succ. fam.*, 2022, pp. 770-771.



di Strasburgo riconosce agli Stati in sede di applicazione dell'art. 8 Cedu<sup>10</sup>.

La stessa Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale delle norme della l. 19 febbraio 2004, n. 40, che non riconoscono il rapporto di filiazione tra il genitore d'intenzione e il bambino nato da tecniche di procreazione medicalmente assistita praticate all'estero in violazione della legge italiana, proprio in ragione della discrezionalità spettante al legislatore nella scelta della soluzione giuridica ritenuta piú opportuna tra quelle astrattamente possibili (Corte Cost., 9 marzo 2021, n. 32 e n. 33)<sup>11</sup>. Potrebbe trattarsi, per esempio, "di una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento, ovvero dell'introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca, con una procedura tempestiva ed efficace, la pienezza dei diritti connessi alla filiazione" (Corte cost., n. 32 del 2021).

Nello stesso tempo, la Consulta ha rilevato l'inidoneità dell'adozione in casi particolari a soddisfare l'interesse del minore alla

---

<sup>10</sup> Cfr. Corte Edu, Grande camera, 10.4.2019, ric. P16-2018-001 – *Advisory Opinion* richiesta dalla Corte di Cassazione francese, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, pp. 767-770, con nota di GRASSO, A.G., «Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale», *ivi*, pp. 757-764; Corte Edu, 15 marzo 2012, *Gas e Dubois c. Francia*, in *Fam. dir.*, 2012, pp. 948-949. Nel senso che il ricorso all'adozione in casi particolari sia conforme ai principi adottati dalla Corte di Strasburgo v. SALANITRO, U., *op. cit.*, pp. 740-741. *Contra*: FERRANDO, G., «I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico», *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, pp. 821, la quale dubita che l'istituto sopra menzionato sia in grado di assicurare quella tutela "pronta ed effettiva" richiesta dalla Corte Edu.

<sup>11</sup> Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, in *Corr. giur.*, 2021, pp. 1034-1037, con nota di TONOLI, S., «La Corte costituzionale e la genitorialità delle coppie dello stesso sesso tra trascrizione degli atti di nascita esteri e soluzioni alternative», *ivi*, pp. 1043-1056; in *Fam. dir.*, 2021, pp. 680-684, con note di DOGLIOTTI, M., *op. cit.*, e di FERRANDO, G., «La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori», *Fam. dir.*, 2021, pp. 704-712; in *Giur. it.*, 2022, pp. 311-312 (s.m.), con nota di FAVILLI, C., «Stato filiale e genitorialità sociale: dal fatto al rapporto», *ivi*, pp. 312-321; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, pp. 616-623, con nota di CHECCHINI, B., «L'"omogenitorialità" ancora al vaglio della Corte costituzionale», *ivi*, pp. 609-616; Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, in *Corr. giur.*, 2021, pp. 1037-1043, con nota di TONOLI, S., *op. cit.*; in *Fam. dir.*, 2021, pp. 684-688, con note di DOGLIOTTI, M., *op. cit.* e di FERRANDO, G., *op. ult. cit.*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, pp. 623-630, con nota di CHECCHINI, B., *op. cit.* Si veda anche MORACE PINELLI, A., «La tutela del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. L'intervento della Corte costituzionale, in attesa del legislatore», in CAVALLARO, M., ROMEO, F., BIVONA, E., LAZZARA M. (a cura di), *op. cit.*, pp. 299-315.

bigenitorialità sia perché essa produce effetti più limitati dell'adozione piena sia perché non può essere pronunciata senza il consenso del genitore dell'adottando e ha sollecitato un intervento urgente del legislatore al fine di colmare il vuoto di tutela esistente (ritenuto particolarmente grave nel caso della fecondazione assistita da parte di una coppia di donne), a protezione del preminente interesse del minore<sup>12</sup>.

## 2. Riduzione in via interpretativa delle differenze tra adozione legittimante e adozione in casi particolari

Le differenze di effetti tra l'adozione legittimante e l'adozione in casi particolari, che hanno spinto la Corte costituzionale a segnalare l'inadeguatezza della seconda a soddisfare l'interesse del minore alla bigenitorialità, si sono successivamente ridotte in virtù di una pronuncia della stessa Corte, che, modificando la scelta di *self-restraint* operata nel 2021, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 55 l. ad. nella parte in cui, mediante il rinvio all'art. 300 c.c., non consentiva la costituzione di un rapporto di parentela ai sensi dell'art. 74 c.c. tra l'adottato con adozione in casi particolari e i genitori dell'adottante (Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79<sup>13</sup>). Questa limitazione privava l'adottato di diritti non soltanto di natura personale, come quello di avere rapporti significativi con i parenti del genitore adottivo, ma anche di natura patrimoniale, come quelli successori. Pertanto, con questa pronuncia è venuta meno una delle principali differenze tra i due tipi di adozione di minori di età, regolati dalla legge italiana.

Si aggiunga che l'esclusione dell'adottante dalla successione dell'adottato, prevista solo per l'adozione in casi particolari in virtù del rinvio che l'art. 55 l. ad. fa all'art. 304 c.c., oltre a sollevare dubbi di costituzionalità per violazione dell'art. 3 Cost., non può impedire

---

<sup>12</sup> Rilievi critici nei confronti del ricorso all'adozione in casi particolari sono stati formulati anche da Cass., ord. 21 gennaio 2022, n. 1842, *Giur. it.*, 2022, pp. 1825-1826, con nota di SALANITRO, U., «Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?», *Giur. it.*, 2022, pp. 1827-1832.

<sup>13</sup> In *Fam. dir.*, 2022, pp. 897-903, con nota di SESTA, M., «Stato giuridico di filiazione dell'adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali», *Fam. dir.*, 2022, pp. 904-909.

all'adottante di esercitare, dopo la morte dell'adottato, quei diritti e quelle azioni che si fondano su ragioni familiari meritevoli di protezione, come la tutela del nome *ex art. 8 c.c.* e l'accesso agli account informatici del figlio defunto ai sensi dell'*art. 2-terdecies*, comma 1, d.lg. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali)<sup>14</sup>.

Ancóra, la norma che attribuisce all'adottato (con adozione in casi particolari) il diritto di mantenere rapporti con la famiglia d'origine andrà senz'altro disapplicata nei casi, dei quali in questa sede ci si occupa, in cui il minore abbia già un genitore che se ne prende cura. È evidente che, in ipotesi come queste, il rapporto adottivo non si sostituisce a quello di filiazione con il genitore biologico, che continua a svolgersi pienamente, ma si aggiunge ad esso, potenziando la sfera personale e patrimoniale del minore.

Il principale svantaggio dell'adozione in casi particolari resta, quindi, la necessità del consenso del genitore titolare della responsabilità genitoriale sul minore, consenso che potrebbe non essere accordato proprio quando l'esigenza di costituire un legame giuridico tra il nato e il genitore d'intenzione sia piú pressante, vale a dire nel caso di una successiva crisi della coppia che ha condiviso il progetto genitoriale. È quello che è avvenuto, per esempio, proprio nel giudizio *a quo* sul quale si è pronunciata Corte cost., n. 32 del 2021. In questa eventualità, la possibilità riconosciuta al genitore sociale, di segnalare al pubblico ministero l'esigenza di chiedere al giudice un provvedimento conformativo della responsabilità genitoriale che obblighi il genitore a consentirgli la frequentazione con il minore, non rappresenta certamente una soluzione appagante<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Trib. Milano, 10 febbraio 2021, in *Fam. dir.*, 2021, pp. 622-624, con nota di MASTROBERARDINO, F., «L'accesso agli account informatici degli utenti defunti: una prima, parziale, tutela», *ivi*, pp. 625-635. Diversa la prospettiva assunta dalla Corte Federale di Giustizia tedesca, che ha fondato il diritto dei genitori di accedere all'account del figlio defunto sulla loro qualità di eredi (cfr. BGH 12 luglio 2018-III ZR 183/17, in *NJW* 2018, p. 3178 e in *FamRZ*, 2018, p. 1456).

<sup>15</sup> Questa possibilità è stata riconosciuta da Corte cost., 20 ottobre 2016, n. 225, in *Fam. dir.*, 2017, pp. 305-307, con nota di TOMMASEO, F., «La Corte Costituzionale sulla tutela degli affetti extrafamiliari del fanciullo», *ivi*, pp. 307-311, il quale avanza qualche riserva sulla decisione della Consulta perché il terzo, non essendo legittimato a promuovere il giudizio *ex art. 336 c.c.*, ha una posizione peggiore rispetto a quella dei parenti del minore.

### 3. Conclusioni

In conseguenza dell'evoluzione interpretativa sopra descritta le differenze di effetti tra l'adozione legittimante e l'adozione in casi particolari si sono ridotte sempre di più, mentre il ricorso alla seconda ha finito per essere governato, in una serie di casi, dall'interesse dello Stato a disincentivare il ricorso all'estero a tecniche di costituzione dello stato di figlio che nel suo territorio sono vietate – e a tutelare gli interessi protetti da quei divieti - piuttosto che dalla sua migliore rispondenza all'interesse concreto del minore adottando.

Un'inversione di tendenza si registra nell'apertura della giurisprudenza di legittimità alla trascrizione dell'adozione legittimante di un minore, pronunciata all'estero a favore di una coppia del medesimo sesso, purché sia esclusa la preesistenza di un accordo di maternità surrogata, in ragione della contrarietà di questa pratica all'ordine pubblico<sup>16</sup>. Questa apertura non è stata contraddetta dal fatto che, alcuni mesi dopo, la Corte costituzionale abbia dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 29-bis, comma 1, l. ad. – sollevata dal Tribunale per i minorenni di Firenze in riferimento all'art. 117, comma 1 Cost., in relazione all'art. 8 Cedu – nella parte in cui non consente ad un *single* residente in Italia di essere dichiarato idoneo all'adozione legittimante all'estero, perché la Consulta ha ritenuto che la questione non fosse stata adeguatamente formulata dal giudice *a quo*, senza entrare nel merito<sup>17</sup>.

Si aggiunga che, come già detto, è stata ammessa la trascrizione nei registri dello stato civile italiano dell'atto di nascita di un bambino, formato all'estero con l'indicazione della doppia maternità, con la conseguenza che il minore ha un rapporto di filiazione piena sia con la madre biologica che con quella intenzionale. Invece, in presenza di un

---

<sup>16</sup> Cass., Sez. Un., 31 marzo 2021, n. 9006, in *Fam. dir.*, 2021, pp. 992-1003, con note di FIGONE, A., «L'adozione straniera a favore di una coppia dello stesso sesso non contrasta con l'ordine pubblico», *ivi*, pp. 1004-1007; RECINTO, G., «Le “pericolose oscillazioni” della Suprema Corte e della Consulta rispetto alla maternità surrogata», *Fam. dir.*, 2021, pp. 1007-1011; SESTA, M., «Adozione consensuale estera e ordine pubblico: una decisione che non persuade», *Fam. dir.*, 2021, pp. 1011-1017; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, pp. 797-807, con nota di TORMEN, L., «Via libera alla trascrizione dell'adozione per le coppie omoaffettive», *ivi*, pp. 807-813.

<sup>17</sup> Corte cost., 23 dicembre 2021, n. 252, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, pp. 615-620, con nota di CORSO S., «Prestigiazione, ovvero sull'adozione del minore da parte del singolo», *ivi*, pp. 609-615.

contratto di maternità surrogata l'adozione in casi particolari è ritenuta, allo stato della legislazione, l'unica via percorribile. Una recentissima sentenza delle Sezioni Unite si è espressa proprio in questo senso, escludendo la riconoscibilità automatica del rapporto di filiazione con il genitore di intenzione in tutti i casi di maternità surrogata, anche altruistica<sup>18</sup>.

Per tutte queste ragioni è auspicabile una revisione della disciplina dell'adozione, che modelli gli effetti dell'istituto assumendo a criterio esclusivo di valutazione il miglior interesse dello specifico minore soggetto alla procedura e prescindendo dalla considerazione di interessi altri. In questa prospettiva, a determinare gli effetti dell'adozione dovrebbero essere non elementi riferibili alla sfera soggettiva dell'adottante (che sia una persona sola) o degli adottanti (che siano una coppia dello stesso sesso) o alla sfera comportamentale dei medesimi (i quali abbiano fatto ricorso ad una tecnica procreativa vietata in Italia), bensì valutazioni inerenti alle condizioni e agli interessi in concreto del minore<sup>19</sup>.

Ciò non significa rinunciare a reprimere condotte vietate, bensì separare la qualificazione in termini di illiceità della fattispecie costitutiva, dalla regolazione del rapporto giuridico che ne deriva, secondo una tecnica già impiegata dall'art. 9, l. n. 40 del 2004, testo originario, quando vietava il disconoscimento della paternità o l'anonimato della madre nell'eventualità del ricorso a tecniche di procreazione assistita di tipo eterologo, allora vietate.

---

<sup>18</sup> Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162. Diversa la soluzione individuata da GRASSO, A. G., *Maternità surrogata altruistica*, cit., *passim*, il quale ritiene che il divieto di cui all'art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004 possa essere interpretato in modo meno restrittivo e che il rapporto di filiazione possa costituirsi, già *de iure condito*, in presenza di una maternità surrogata "altruistica".

<sup>19</sup> GORGONI, A., «Diritti e principi a proposito dello stato di figlio da procreazione medicalmente assistita», *Pers. e merc.*, 2021, pp. 295-322 sottolinea l'esigenza di fare riferimento all'ordine pubblico "del caso concreto" (il virgolettato è mio).

## Bibliografia

AULETTA, T., «Modelli familiari, disciplina applicabile e prospettive di riforma», *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, pp. 615-648.

BARBA, V., «Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019», *GenIUS*, 2019.

BENANTI, C., «La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore», *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, pp. 241-249.

CAMPIGLIO, C., «Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)», *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, pp. 1132-1139.

CHECCHINI, B., «L'“omogenitorialità” ancora al vaglio della Corte costituzionale», *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, pp. 609-616.

CORSO, S., «Prestigiazione, ovvero sull'adozione del minore da parte del singolo», *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, pp. 609-615.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., «Interés superior del menor y maternidad subrogada: estado de la cuestión en el derecho español», in BIANCA, M. (a cura di), *The best interest of the child*, ed. Univ. La Sapienza, Roma, 2021, pp. 131-146.

DOGLIOTTI, M., «Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?», *Fam. dir.*, 2021, pp. 688-703.

FAVILLI, C., «Stato filiale e genitorialità sociale: dal fatto al rapporto», *Giur. it.*, 2022, pp. 312-321.

FERRANDO, G., «La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori», *Fam. dir.*, 2021, pp. 704-712.

FERRANDO, G., «I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico», *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, pp. 815-821.

FIGONE, A., «L'adozione straniera a favore di una coppia dello stesso sesso non contrasta con l'ordine pubblico», *Fam. dir.*, 2021, pp. 1104-1007.

GORGONI, A., «Diritti e principi a proposito dello stato di figlio da procreazione medicalmente assistita», *Pers. e merc.*, 2021, pp. 295-322.

GRASSO, A. G., «Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale», *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, pp. 757-764.

GRASSO, A. G., *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli, Torino, 2022.

LONGO, F., «Le “due madri” e il rapporto biologico», *Fam. dir.*, 2018, pp. 9-18.

MASTROBERARDINO, F., «L'accesso agli account informatici degli utenti defunti: una prima, parziale, tutela», *Fam. dir.*, 2021, pp. 625-635.

MENDOLA, A., «Riflessioni di diritto comparato in tema di genitorialità sociale», *Dir. succ. fam.*, 2022, pp. 747-786.

MORACE PINELLI, A., «La tutela del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. L'intervento della Corte costituzionale, in attesa del legislatore», in CAVALLARO, M., ROMEO, F., BIVONA, E., LAZZARA M. (a cura di), *Sui mobili confini del diritto. Tra pluralità delle fonti ufficiali e moltiplicarsi di formanti normativi “di fatto”*, Giappichelli, Torino, 2022, I, 299 ss.

PALAZZO A., «Stato di filiazione e genitorialità equiparate», in CAVALLARO, M., ROMEO, F., BIVONA, E., LAZZARA M. (a cura di), *Sui mobili confini del diritto. Tra pluralità delle fonti ufficiali e moltiplicarsi di formanti normativi “di fatto”. Scritti in onore di Massimo Paradiso*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 316-325.

PERLINGIERI, G., «Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni unite sulla c.d. maternità surrogata», *Dir. succ. fam.*, 2019, pp. 337-345.

PERLINGIERI, G., ZARRA, G., *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019.

PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006.

RECINTO, G., «La decisione delle Sezioni unite in materia di cd. maternità surrogata: non tutto può e deve essere “filiazione”», *Dir. succ. fam.*, 2019, pp. 347-354.

RECINTO, G., «Le “pericolose oscillazioni” della Suprema Corte e della Consulta rispetto alla maternità surrogata», *Fam. dir.*, 2021, pp. 1007-1011.

SALANITRO, U., «Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità», *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, pp. 737-741.

SALANITRO, U., «Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?», *Giur. it.*, 2022, pp. 1827-1832.

SALVI, G., «Gestazione per altri e ordine pubblico: le Sezioni Unite contro la trascrizione dell'atto di nascita straniero», *Giur. it.*, 2020, pp. 1625-1631.

SESTA, M., «Adozione consensuale estera e ordine pubblico: una decisione che non persuade», *Fam. dir.*, 2021, pp. 1011-1017.

SESTA, M., «Stato giuridico di filiazione dell'adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali», *Fam. dir.*, 2022, pp. 904-909.

TOMMASEO, F., «La Corte Costituzionale sulla tutela degli affetti extrafamiliari del fanciullo», *Fam. dir.*, 2017, pp. 307-311.

TONOLI, S., «La Corte costituzionale e la genitorialità delle coppie dello stesso sesso tra trascrizione degli atti di nascita esteri e soluzioni alternative», *Corr. giur.*, 2021, pp. 1043-1056.

TORMEN, L., «Via libera alla trascrizione dell'adozione per le coppie omoaffettive», *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, pp. 807-813.

VALONGO, A., «La c.d. "filiazione omogenitoriale" al vaglio delle Sezioni unite della Cassazione», *Giur. it.*, 2020, pp. 544-558.

VENUTI, M.C., «Le sezioni unite e l'omopaternità: lo strabico bilanciamento tra il *best interest of the child* e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri», *GenIUS*, 2019, pp. 1-17.



# Adozione in casi particolari e recenti sviluppi giurisprudenziali. Quali conseguenze sulle trasformazioni della famiglia?

*Serena Cancellieri*

**ABSTRACT:** La sentenza della Corte costituzionale del 28 marzo 2022, n. 79 ha apportato un forte cambiamento nell'istituto delle adozioni in casi particolari. Nel contesto di multidimensionalità in cui si inserisce la famiglia, oggi, è utile al fine di preservare il preminente interesse del minore valutare sia gli aspetti positivi che le criticità del cambiamento introdotto dal tale pronuncia. Il lavoro è una riflessione volta a proporre delle soluzioni concrete per i soggetti vulnerabili.

**SOMMARIO:** 1. La sentenza 79/2022 e il concreto cambiamento, quali criticità? – 2. Una strada illuminata a metà. – 3. Conclusioni.

## **1. La sentenza 79/2022 e il concreto cambiamento, quali criticità?**

Con la sentenza 28 marzo 2022, n. 79 la Corte costituzionale ha dato concreta attuazione ad un'evoluzione già avviata da qualche tempo dal diritto vivente<sup>1</sup>.

D'altronde non è certo nuova “la considerazione che gli istituti giuridici e in particolare, quelli di diritto familiare debbano essere sottoposti ad un continuo processo di elaborazione critica, al fine di armonizzarsi con la realtà sociale nella quale sono chiamati ad operare,

---

<sup>1</sup> Corte cost. 9 marzo 2021, n.33; Corte Edu, 19 febbraio 2013, X e altri c. Austria; Cass., 22 giugno 2016, n. 12962; Corte Edu, 6 dicembre 2022, K.K. e altri c. Danimarca.

pena la loro mancanza di effettività e il progressivo, pericoloso isolamento dell'interprete"<sup>2</sup>.

Da tempo il tema dell'adozione, o meglio, "delle adozioni"<sup>3</sup> è oggetto di indagine da parte del giurista "perché sin dal suo "esordio" è sempre stato un istituto per la promozione degli aspetti esistenziali della persona del fanciullo, anche se, come si vedrà, la funzione iniziale era diversa.

I riferimenti, seppur brevissimi in questa sede<sup>5</sup>, agli aspetti storici dell'adozione appaiono doverosi in quanto esplicativi della *ratio* di tale istituto che proprio con la recentissima sentenza della Corte costituzionale ha assorbito un ennesimo cambiamento in ragione dell'evoluzione sociale della famiglia.

L'adozione è un istituto nato con uno scopo ben diverso dall'attuale. Difatti svolgeva una funzione essenzialmente patrimoniale in quanto era finalizzato alla trasmissione del patrimonio e del nome familiare<sup>6</sup> degli adottandi; solo in séguito si evolvé a strumento di risoluzione dei problemi dei minori volto a salvaguardare il preminente interesse di quest'ultimi<sup>7</sup>.

---

<sup>2</sup> PANE, R., *Le adozioni tra innovazioni e dogmi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, p.12.

<sup>3</sup> PANE, R., «Le adozioni tra evoluzione storica e prospettive di riforma», *Dir. succ. fam.* 2019, p. 12: "Rappresentativa in tal senso è la storia della adozione, o meglio delle adozioni, che nel susseguirsi del tempo si è piegata ad assumere funzioni e strutture diverse rispondenti alle molteplici esigenze di volta in volta emergenti dal tessuto sociale, e al contempo, alla conseguente evoluzione giuridica. Le sue diverse configurazioni, infatti si snodano nel trascorrere del tempo in una continua interazione tra famiglia di sangue e famiglia degli affetti, tra diritto, economia e società, tra fatti e norme ripercorrendo, a volte, anticipando il processo dialettico ed evolutivo che connota la storia degli istituti familiari".

<sup>4</sup> Sull'evoluzione dei modelli normativi in materia di adozione, v. LENTI, L., «Introduzione. Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva», in COLLURA, G., LENTI, L., MANTOVANI, M. (a cura di), *Tratt. dir. fam.* Zatti, Giuffrè, Milano, 2002, 575 ss.

<sup>5</sup> PANE, R., *op. cit.*, pp.12 ss.

<sup>6</sup> CIPRIANI, N., «Le adozioni», in CORDIANO, A., SENIGAGLIA, R. (a cura di); *Diritto civile minorile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022, p. 326; v. anche PANE, R., *op. cit.*, pp. 12 ss.

<sup>7</sup> PERLINGIERI, P. *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, pp. 952 ss.

Questa tendenza ha caratterizzato anche il *Code Napoléon* che ammetteva l'adozione solo di maggiori di età (al tempo era di 21 anni), mentre il codice del 1865 permetteva l'adozione di minorenni ma non aventi meno di 18 anni di età. In quest'ultimo caso l'adottato non eliminava il rapporto con la famiglia di origine, in quanto la filiazione adottiva si aggiungeva a quella legittima.

Ad oggi l'impianto storico codicistico basato sull'adozione di persone maggiori di età è in qualche modo rimasto, infatti quest'ultima è l'unica ad essere disciplinata dal codice civile (artt. 291 ss.). Se le adozioni di persone maggiori di età sono regolate dal codice in una serie di articoli dedicati, le adozioni di minori di età sono disciplinate dalla legge 4 maggio 1983, n. 184.

D'altronde il legislatore "non va stigmatizzato per non aver eliminato la vecchia adozione ordinaria"<sup>8</sup> in quanto quest'ultima, seppur in ambito prettamente mirato alla conservazione del patrimonio, conserva ancora una sua funzionalità<sup>9</sup>.

L'adozione in casi particolari è stata introdotta dalla l. ad. per tutelare il diritto del minore alla famiglia in situazioni che non avrebbero consentito di giungere all'adozione piena, ma nelle quali, tuttavia, l'adozione rappresentava una soluzione opportuna ed auspicabile per garantirgli il diritto ad essere inserito in una famiglia<sup>10</sup>.

Quest'ultima è nata come "adozione particolare" in quanto è l'unica a non recidere il rapporto con la famiglia di origine, aggiungendo così alla genitorialità biologica una genitorialità sociale che si pone ad ausilio delle difficoltà di piena realizzazione di quella biologica ed è proprio per l'elasticità di questo istituto che si possono più facilmente fronteggiare le situazioni di c.d. semi - abbandono permanente in cui un'adozione "aperta" o "mite" con la famiglia d'origine, può in concreto risultare preferibile<sup>11</sup>. Tale disciplina infatti nasce per rispondere al fenomeno della genitorialità sociale e

---

<sup>8</sup> PERLINGIERI, P., *op. cit.*, p. 954.

<sup>9</sup> PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, A., «L'adozione delle persone maggiori di età», in *Comm. c.c. Scialoja-Branca* a cura di Galgano, Zanichelli, Bologna- Roma, 1995, pp. 3 ss.

<sup>10</sup> FERRANDO, G., «L'adozione in casi particolari nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale», *Le corti fiorentine*, 2016, pp. 51 ss.

<sup>11</sup> FERRANDO, G., «Adozione in casi particolari e pluralità di rapporti parentali», *Fam. dir.*, 2022, p. 1118.

comprende tutti quei casi in cui un soggetto svolge il ruolo genitoriale pur senza essere stato parte del progetto procreativo<sup>12</sup>. Peraltro il fatto di non recidere il rapporto con la famiglia di origine rappresenta l'ultimo tratto di particolarità che differenzia l'adozione in casi particolari dall'adozione piena.

Il cambiamento introdotto dalla Corte costituzionale consiste, infatti, nel riconoscimento del legame di parentela tra adottato e famiglia dell'adottante nei casi di adozione "particolare"<sup>13</sup>.

Il fatto che il minore sia frutto di maternità surrogata, seppur diffusa l'ipotesi di adozione particolare in costanza di tecniche di fecondazione assistita, non rappresenta una discriminante o una *conditio* per questo tipo di adozione che può costituirsi anche in altri casi. E', invece, da prendere in considerazione il forte valore sociale che questo istituto apporta. Innanzitutto il giudice, quando emette un provvedimento di adozione in casi particolari, effettua una valutazione che tiene conto di molteplici fattori che partono dal contesto sociale e familiare e dalle necessità della persona, nel caso specifico del minore.

Effettua, dunque, un ragionevole bilanciamento<sup>14</sup> tra gli interessi da tutelare, di cui è portatore nel caso concreto il minore, considerando il contesto in cui quest'ultimo è inserito e i principi costituzionali e sovranazionali coinvolti, con l'obiettivo fondamentale di offrire una soluzione che lo tuteli in modo tridimensionale<sup>15</sup>.

Per tridimensionale si possono intendere tre sfumature di tutela: del diritto alla salute psicofisica, all'autodeterminazione e all'essere inserito in una famiglia che lo ami e se ne prenda cura in modo completo e collaborativo in un contesto di parità tra le figure genitoriali, aldilà delle scelte affettive di quest'ultime che riguardano, invece, la libertà di autodeterminazione di soggetti maggiori di età.

La Corte costituzionale, con la pronuncia n. 79 del 2022, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 55 della l. ad., nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, secondo comma, del codice

<sup>12</sup> BARBA, V., «Trasformazioni della famiglia e successioni mortis causa», *Riv.dir.priv.*, 2017, pp. 513 ss.

<sup>13</sup> Nel caso specifico si trattava di un minore nato da maternità surrogata.

<sup>14</sup> PERLINGIERI, G., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, pp. 4 ss.

<sup>15</sup> RE, P., «L'ascolto del minore da parte del giudice onorario» in CAVALLO, M. (a cura di), *Mille facce dell'ascolto del minore*, Armando editore, Roma, 2012, pp.119-134.

civile, prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante.

La questione di illegittimità, peraltro già sollevata dal Tribunale di Bologna con la sentenza 25 giugno 2020<sup>16</sup>, riguardava il contrasto con gli artt. 3, 31 e 117, comma 1, Cost., nonché in relazione all'art. 8 della Cedu.

Le argomentazioni della Corte non si discostano del tutto da quelle del Tribunale di Bologna, ma si differenziano in quanto inserite in un'operazione ermeneutica che prende in considerazione i principi costituzionali e sovranazionali<sup>17</sup>.

L'intervento a primo impatto accorcerebbe le distanze tra l'adozione piena e quella in casi particolari, equiparando quest'ultima alla prima per quanto concerne l'aspetto della parentela e persistendo come unico elemento di diversità tra le due la non rescissione del legame con la famiglia d'origine.

La continuazione del rapporto tra l'adottato e la famiglia d'origine può avere un duplice aspetto interpretativo. Da una parte, infatti, il minore conserva le proprie origini, dall'altra però, in séguito a questa pronuncia, si ritroverebbe nella condizione di essere figlio di due nuclei familiari. Quest'ultimo aspetto facilita il riconoscimento di una genitorialità sociale a sostegno del preminente interesse del minore, ma dal punto di vista applicativo sembrerebbe aprire delle parentesi interpretative di criticità.

Il compito del giurista è infatti anche quello di orientare l'azione del legislatore effettuando un'attività interpretativa che includa necessariamente i cambiamenti della società<sup>18</sup>.

Quindi nonostante sia stata fatta chiarezza in merito al riconoscimento del legame di parentela nel caso di adozione in casi

---

<sup>16</sup> CIANCIOLO, V., "Stepchild adoption e coppie same sex. Per la prima volta viene riconosciuta la parentela fra fratelli", *Osservatorio nazionale sul diritto di famiglia*, 11 luglio 2020.

<sup>17</sup> PERLINGIERI, P., *op. cit.*, pp. 773 ss.

<sup>18</sup> RUGGERI, F., «Adozione in casi particolari e modelli familiari, tra effettiva equiparazione dello status filiationis e legami parentali», *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2022, pp. 684-715 il quale afferma che: "Specie in quei settori, come il diritto famiglia si osserva la ricorrente ritrosia del legislatore tanto ad approcciarsi, prima, quanto a provvedere, poi, relativamente alle esigenze proprie di contesti la cui eterogeneità rende innegabilmente arduo il compito di decidere se ed eventualmente in che modo intervenire".

particolari, quest'ultima non sembra ancora essere scevra da problemi applicativi.

Pertanto, se da una parte è importante riconoscere nella pronuncia della Corte costituzionale n. 79 del 2022 un concreto passo avanti nel riconoscimento di una genitorialità sociale, a vantaggio del minore, dall'altra è altrettanto fondamentale individuarne gli aspetti di criticità con l'obiettivo di proporre eventuali soluzioni.

## 2. Una strada illuminata a metà

Sicuramente la suddetta pronuncia intervenendo sul legame di parentela tra adottato e famiglia dell'adottante ha "illuminato" la strada del riconoscimento di una genitorialità sociale e offrendo ausilio *in primis* a tutti quei minori nati da fecondazione medicalmente assistita o da maternità surrogata che, tuttavia, nonostante questa pronuncia, rimangono ancora "sospesi in un limbo"<sup>19</sup>, *in secundis* ai minori che hanno un contesto familiare problematico e che necessitano di tutela e *dulcis in fundo* a tutti quei genitori e quelle famiglie che vogliono svolgere l'importantissimo compito sociale di accogliere un minore.

Ma aldilà del forte impatto di questa pronuncia che pertanto ha influito anche su una recentissima sentenza della Corte di Cassazione<sup>20</sup>, il fatto di riconoscere il legame di parentela tra adottante

---

<sup>19</sup> CHIAPPETTA, G.: «La nuova categoria di figli non riconoscibili e l'applicabilità dell'art. 279 c.c.», *Cittadinanza europea (la)*, 2021, pp. 125-150.

<sup>20</sup> Cass. 5 aprile 2022, n. 10989 in cui percorrendo la strada "illuminata" dalla Corte costituzionale, riconosce la genitorialità attraverso l'adozione del minore in casi particolari in capo al coniuge della madre di una minore con il consenso del papà biologico di quest'ultima. Il coniuge della donna chiede di poter adottare la figlia minore della stessa che convive con la coppia e che ha instaurato con il richiedente un buon rapporto. Nel frattempo la medesima intrattiene rapporti sereni con il padre biologico. La decisione della Corte è stata a favore dell'instaurazione dell'adozione in casi particolari, quindi questa minore avrà un madre e due padri, tra le motivazioni che la Corte adduce: "l'idea per cui si possa avere una sola famiglia appare smentita proprio dalla riforma della filiazione e da come il principio di eguaglianza si è riverberato sullo *status filiationis*; il figlio nato fuori dal matrimonio ha, infatti, a ben vedere, due distinte famiglie giuridicamente tra di loro

ed adottato apre lo scenario ad una serie di problemi non ignorabili, complicando forse una realtà che al livello sostanziale era già presente e non necessitava, nel contesto storico contingente, di un urgente riconoscimento.

Per quanto concerne il primo, ovvero il riconoscimento di una genitorialità sociale, il tanto agitato “vessillo” del legame parentale ottenuto dalla pronuncia in questione non fa altro che ribadire e mettere “nero su bianco” ciò che era già palese alla giurisprudenza e alla dottrina ovvero l’importanza del valore sociale esercitato dall’adozione in casi particolari e l’esigenza di trasformare il concetto di famiglia in famiglie<sup>21</sup>.

Per quanto riguarda l’ipotesi a norma dell’art. 44, lettera *d*, che riguarda l’affidamento preadottivo, ormai da qualche anno risulta sdoganata l’ipotesi di adozione del minore da parte del partner sia in costanza di un rapporto matrimoniale, sia di un’unione civile<sup>22</sup>.

Oltretutto, proprio a questo proposito la problematica persistente e concreta non sembrerebbe il riconoscimento di un legame parentale tra la famiglia dell’adottante e l’adottato, quanto piuttosto un passo anteriore e necessario, ovvero quello che attiene al pieno riconoscimento di una genitorialità in capo alle coppie omoaffettive.

Le criticità attinenti alla maternità surrogata e al riconoscimento in capo alle coppie omoaffettive del diritto ad una genitorialità, ad esempio, non si risolveranno comunque con questa pronuncia in quanto tali minori continueranno a non avere un’identità e ad essere giuridicamente collocati su un piano diverso rispetto agli altri minori, creando così una disuglianza che non tiene conto del preminente interesse del minore.

---

non comunicanti; l’identità stessa del bambino è connotata da questa doppia appartenenza, e disconoscere i legami che scaturiscono dal vincolo adottivo, quasi fossero compensati dai rapporti familiari di sangue, equivale a disconoscere tale identità e, dunque, non è conforme ai principi costituzionali”; LOPINTO, M., «L’adozione in casi particolari, Corte di Cassazione, I sez. civ., ordinanza 10989 del 2022», *Accademia*, 2022, p.1 ss.; DI STEFANO, L., «Adozione del minore, figlio del coniuge nato da una precedente relazione, e rapporti continuati con il padre biologico», *GiustiziaCivile.com*, 2022.

<sup>21</sup> FERRANDO, G., *op. cit.*, p.1117.

<sup>22</sup> Cass., 22 giugno 2016, n. 12962: Corte Edu, 19 febbraio 2013, X e altri c. Austria.

Emergono altresì degli aspetti problematici e conseguenti alla pronuncia della Corte costituzionale che, come esaminato, continuano a persistere.

Innanzitutto l'adozione in casi particolari per perfezionarsi dipende dal consenso del genitore biologico; ciò significa che qualora quest'ultimo non presti il suo assenso, l'adozione non si costituisce e quindi il minore non sarà accolto in una famiglia che possa farlo crescere in modo "tridimensionale" e completo. Di contro qualora il consenso venga apprestato ma, in séguito ad una separazione o una forte conflittualità all'interno della coppia, venga ritirato, quali conseguenze per il minore dal punto di vista del suo preminente interesse e al suo diritto di crescere in una famiglia? Sarebbe così facile e senza conseguenze psicologiche per il minore?

È chiaro, a questo punto, che anche nel caso dell'adozione particolare, è necessario che il minore sia tutelato dalle dinamiche che interessano gli adulti e coloro che, al contrario, dovrebbero prendersene cura.

Il minore ha diritto di crescere in un ambiente che rispetti la sua identità, la sua autodeterminazione e le sue inclinazioni<sup>23</sup>, non in un contesto in cui, come prioritario è l'interesse a far prevalere un legame genitoriale, piuttosto che un altro.

Il rischio che questa tutela non si realizzi in caso di mancato consenso e/o di separazione è stato eccepito anche secondo la Corte Edu. Il minore non si inserirebbe effettivamente in un nucleo familiare inteso come formazione sociale e ciò comporterebbe una violazione alla sua libertà di autodeterminazione, nonché di formazione della propria identità<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> CHIAPPETTA, G., «Favor veritatis ed attribuzione dello status filiationis», *Actualidad Jurídica iberoamericana*, 2016, pag. 144-186; NALIN, E., «Dialogo tra Corti europee e giudici nazionali in tema di maternità surrogata: verso un bilanciamento tra limite dell'ordine pubblico e superiore interesse del minore», *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2022, pp. 237-257.

<sup>24</sup> Gran Chambre, Protocol 16, 2019, Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention; LUDET, D., «L'interaction judiciaire ou l'institutionnalisation du dialogue avec le Protocole n 16 (analyse de la première saisine par la Cour de cassation de France)», *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 2020, pp. 179-196; BERTI DE MARINIS, G.: «Maternità surrogata e tutela dell'interesse superiore del minore: una lettura critica alla luce di un recente intervento della Corte



L'altro aspetto di criticità rinvenibile concerne la continuità del minore ad avere uno *status filiationis* legato alla famiglia di origine e quindi le conseguenze che deriverebbero dall'essere "figlio di due famiglie". Seppur auspicabile aprire la porta al cambiamento del concetto stesso di famiglia come non più univoco, ciò comporta non poche criticità dal punto di vista applicativo.

Naturalmente è inevitabile non riflettere sull'aspetto successorio e sulle conseguenze del riconoscimento parentale tra adottato e famiglia adottante.

L'ultima parte della sentenza della Corte cost. n. 79 del 2022 afferma: "La chiarezza del meccanismo disegnato dall'art. 74 c.c. permette, di riflesso, di applicare, in maniera del tutto lineare, le conseguenze e gli effetti giuridici che nel sistema normativo discendono dalla sussistenza dei legami familiari, sicché potranno applicarsi al figlio adottivo tutte le norme che hanno quale presupposto l'esistenza di rapporti civili fra l'adottato e i parenti dell'adottante".

L'art. 74 infatti afferma che ogni adozione, esclusa quella di maggiori di età, è funzionale a costituire un legame di parentela in quanto alla stregua di altre forme di filiazione.

Quindi se attraverso la sentenza n. 79 della Corte cost. si è riconosciuto il legame di parentela tra la famiglia dell'adottante e l'adottato, quest'ultimo è accolto attraverso un valido *status filiationis* all'interno della sua "seconda" famiglia, sarà a tutti gli effetti trattato come nel caso dell'adozione piena? Gli verranno attribuiti i diritti successori e viceversa potrà succedere nei confronti della famiglia adottiva?

La conclusione in merito all'art. 74 c.c. a cui addivene la Corte sembra essere in contraddizione con la pronuncia di illegittimità costituzionale che riguarda, invece, l'art. 55 l. ad. integrato dall'art. 300, comma 2 c.c. nella parte in cui prevede che "L'adozione non induce alcun rapporto civile tra l'adottante e la famiglia dell'adottato né tra l'adottato e i parenti dell'adottante, salve le eccezioni stabilite dalla legge" che disciplina i rapporti tra adottante e adottato in casi particolari e ciò non inficia nell'applicabilità dell'art. 304 c.c. previsto dall'art. 55, l. ad. che continua a permanere<sup>25</sup>. Da ciò si deduce che se

---

EDU», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, pp. 287-312.

<sup>25</sup> PACINI, G., «L'estensione dei legami di parentela tra adottato in casi particolari e

da una parte, attraverso questa pronuncia, vi è un riconoscimento del legame di parentela tra adottato e famiglia dell'adottante e quindi un inserimento completo in tale nucleo familiare, dall'altra però si può considerare un inserimento "con riserva" in quanto dal punto di vista successorio continuerebbe a permanere la prevalenza del criterio della famiglia di origine e quindi quello della genitorialità biologica.

Ciò suscita alcune perplessità, in quanto se si ragiona in un'ottica costituzionalmente orientata, la successione necessaria in questo caso non va di pari passo con la funzione solidaristica che dovrebbe concretizzarsi nella famiglia adottante e attraverso il palesato legame riconosciuto dalla sentenza stessa. Si può considerare un vero e proprio inserimento? oppure è necessaria una rilettura delle successioni contestuale alle trasformazioni della famiglia<sup>26</sup>?

Una riflessione che sembra opportuno effettuare è quella relativa alle successioni all'interno della famiglia e al valore che per decenni, in un'ottica civilistica ed improntata sulla proprietà privata, è stata data alla successione, in particolar modo a quella legittima.

La natura della famiglia e il suo valore intrinseco sono completamente cambiati negli ultimi decenni.

Ormai non si parla più di famiglia, ma di famiglie<sup>27</sup>.

In un'ottica di internazionalizzazione del diritto interno, in quando ispirato alle Convenzioni internazionali, è impensabile portare avanti l'idea che nella vita di un unico individuo si possa costituire un'unica famiglia, peraltro condizionata dalla superiorità sia del criterio genetico da una parte, dall'altra del vincolo matrimoniale.

La dimensione della persona è cambiata in favore di una multidimensionalità sia nel modo di vivere i legami, sia nel luogo su dove scegliere di viverli.

A proposito di quest'ultimo punto il riferimento va al Regolamento europeo sulle successioni<sup>28</sup>, nonché ai Regolamenti

---

parenti dell'adottante, alla luce della decisione della Corte costituzionale», *Giustizia civile*, 2022, pp. 4-7.

<sup>26</sup> BARBA, V., *op. cit.*, pp. 513 ss.

<sup>27</sup> FERRANDO, G., *op. cit.*, pp. 1117 ss.

<sup>28</sup> Reg. UE n. 650/2012; sul punto si vedano: RUGGERI, L., KUNDA, I., & WINKLER, S., *Patrimonio familiare e successioni negli Stati membri dell'UE: rapporti nazionali sui dati raccolti*, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet, Rijeka, 2019, pp. 1 ss; Škerl, J. K., RUGGERI, L., VITERBO, F.G., *Succession law Working Paper*, nel programma European Union's Justice Programme, Camerino, 2019, pp. 1 ss..

europei rispettivamente in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate<sup>29</sup>.

Cambiando il valore intrinseco della famiglia, dovrebbero cambiare anche le successioni ed inserirsi un'ottica di "depatrimonializzazione" della famiglia<sup>30</sup>, dove ciò che deve essere preservato quasi con una certa sacralità non è più il patrimonio come era all'epoca del *Còde Napoleon*, ma l'autodeterminazione del singolo all'interno di una formazione sociale che si basa sulla cura e sulla relazione solidale di collaborazione in un progetto familiare, alla luce degli artt. 2 e 3 Cost.<sup>31</sup>.

Sempre seguendo questa scia è altresì auspicabile una depatrimonializzazione dell'adozione di maggiorenni, ancorata ancora all'idea di preservare il patrimonio nel caso di assenza di

---

<sup>29</sup> Reg. UE n. 1103/2016 e reg. UE n. 1104/2016; sul punto si vedano: GONZÁLEZ, M. J. C., GIOBBI, M., ŠKERL, J. K., RUGGERI, L., WINKLER, S., GONZÁLEZ, M. J. C., ... & WINKLER, S., *Property Relations of Cross-border Couples in the European Union*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, pp. 1 ss.; BRUNO, P., *I Regolamenti europei sui regimi patrimoniali dei coniugi e delle unioni registrate: commento ai Regolamenti (UE) 24 giugno 2016, nn. 1103 e 1104 applicabili dal 29 gennaio 2019*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 1 ss.; RUGGERI, L., «I Regolamenti europei sui regimi patrimoniali e il loro impatto sui profili personali e patrimoniali delle coppie cross-border», in LANDINI, S. (a cura di), *Eu Regulations 650/2012, 1103 and 1104 del 2016: cross border families, international successions, mediation issue and new financial assets*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, pp. 117-136; RUGGERI, L., GARETTO, R., *European Family Property Relations Article by Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 1 ss.

<sup>30</sup> PERLINGIERI, P., «Depatrimonializzazione e diritto civile», *Rass. dir. civ.*, 1983, pp. 1 ss.; DONISI, C., «Verso la depatrimonializzazione del diritto privato», *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 644; DE CUPIS, A., «Sulla «depatrimonializzazione» del diritto privato», *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 482; BARBA, V., *op. cit.*, p. 516: "Per intendere le trasformazioni della famiglia deve prendersi atto non soltanto del fenomeno di c.d. depatrimonializzazione del diritto civile, ma del nuovo ruolo che hanno assunto nel nostro sistema ordinamentale le formazioni sociali di cui la famiglia è, certamente, una specie, seppure particolarmente importante e significativa".

<sup>31</sup> BARBA, V., *op. cit.*, p. 517, dove afferma "Nell'ordinamento pre-constituzionale le formazioni sociali e, tra esse, certamente, la famiglia, erano dunque un valore in sé e meritavano di essere tutelate a prescindere dall'individuo. Non a caso il matrimonio, ossia la formazione sociale costituita per effetto delle nozze, era un vincolo indissolubile".

successori. Questo cambiamento, nell'ottica di un aumento dell'invecchiamento della popolazione e della solitudine che dilaga nell'attuale società, potrebbe essere un "grimaldello" dal quale far partire una proposta concreta a fini solidaristici e per dare un concreto valore sociale ed esistenziale a questo istituto.

Perché non riformare l'adozione di maggiorenni per poter creare, anziché dei nuclei familiari di "accoglienza" ai minori, una rete di famiglie disposte ad accogliere maggiorenni che vertono in condizione di difficoltà e solitudine?

### 3. Conclusioni

In conclusione l'adozione come istituto a vantaggio dei soggetti più fragili sia minori che maggiori di età, interpretata attraverso un'ottica solidaristica e scevra dall'aspetto patrimoniale, potrebbe promuovere e incentivare una visione della famiglia intesa sempre più all'effettivo sviluppo del principio contenuto nell'art. 8 Cedu, ovvero il rispetto della vita privata e familiare e del rispetto e tutela dell'autodeterminazione della persona.

Naturalmente la valutazione dell'interprete non può prescindere dal caso concreto e ad una valutazione precauzionale di quelli che possono essere i rischi e l'effettiva portata concreta di tutela dei soggetti vulnerabili.

Tuttavia, nonostante siano stati evidenziati alcuni aspetti discutibili della pronuncia, la Corte costituzionale prende le mosse dalle pronunce della Corte Edu, la quale non ha fatto a meno di osservare la disparità di trattamento presente in Italia rispetto ad altri Stati: "la Corte EDU ritiene necessario che ciascun ordinamento garantisca la concreta possibilità del riconoscimento giuridico dei legami tra il bambino e il "genitore d'intenzione", al più tardi quando tali legami si sono di fatto concretizzati"<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> La sentenza della Corte costituzione è stata pronunciata sulla scia delle sentenze della Corte Edu, 26 giugno 2014, nei confronti della Francia, sui ricorsi n. 65192/2011 (Menneson c/o Francia) e n. 65941/2011 (Labassee c/o Francia) in casi riguardanti il rifiuto di procedere alla trascrizione nei registri dello stato civile francese degli atti di nascita formatisi all'estero a séguito di procreazione con maternità surrogata.

È una posizione fondamentale quella della Corte Edu che inquadra pienamente la possibilità di ricorrere all'istituto dell'adozione in casi particolari al fine di tutelare la condizione in cui versano alcuni minori e che esula dalle loro volontà. Piuttosto la Corte Edu ne profila una soluzione, rispettando pienamente la vita e la costruzione di una loro identità.

La Corte sottolinea come l'adozione possa essere uno strumento utile per colmare la loro vulnerabilità, dato che il minore sarebbe inserito a tutti gli effetti all'interno di una famiglia.

Proprio per questo, aldilà delle problematiche indagate, la sentenza della Corte cost. n. 79/2022 si inserisce come uno spiraglio di possibilità concreta, sia in capo al minore sia alle coppie, di attribuzione effettiva di una genitorialità che esula dall'aspetto biologico, rafforzando così ulteriormente l'importantissima funzione sociale dell'adozione in casi particolari.

Il fatto che le Corti abbiano riconosciuto un valore maggiore ed effettivo alla genitorialità sociale e abbiano trovato un modo per usare a pieno lo strumento dell'adozione in casi particolari è fondamentalmente per dare un futuro a tutti quei minori che attendono di essere accolti in una famiglia nel calore degli affetti, non solo genitoriali, ma di tutta la rete di parentela connessa alla famiglia.

Occorre comunque rivolgere grande attenzione al contesto familiare ed interpretare questo "strumento" secondo il caso specifico in esame alla luce dei principi costituzionali, europei ed internazionali. Di contro si potrebbe incorrere in due pericoli: il primo è quello di interpretare il *best interest of child* come "valore tiranno", il secondo è quello di non riuscire, in futuro, a creare intorno al minore una piccola "cassetta di sicurezza" per il suo benessere psico-fisico, in quanto le relazioni familiari che lo vedono spesso passivo protagonista, sebbene multidimensionali, sono anche sempre più fragili e se l'adulto ha gli strumenti per fronteggiare questi repentini cambiamenti, spesso un bambino ne rimane condizionato per tutta la sua vita.

## Bibliografia

BARBA, V., «Trasformazioni della famiglia e successioni mortis causa», *Riv. dir. priv.*, 2017, pp. 513 ss.

BERTI DE MARINIS, G.: «Maternità surrogata e tutela dell'interesse superiore del minore: una lettura critica alla luce di un recente intervento della Corte EDU», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, pp. 287-312.

BRUNO, P., *I Regolamenti europei sui regimi patrimoniali dei coniugi e delle unioni registrate: commento ai Regolamenti (UE) 24 giugno 2016, nn. 1103 e 1104 applicabili dal 29 gennaio 2019*. Giuffrè-Editore, Milano, 2019, pp. 1 ss.;

CHIAPPETTA, G., «Favor veritatis ed attribuzione dello status filiationis», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, pag. 144-186;

CHIAPPETTA, G.: «La nuova categoria di figli non riconoscibili e l'applicabilità dell'art. 279 c.c.», *Cittadinanza europea (la)*, 2021, pp.125-150.

CIANCIOLO, V., «Stepchild adoption e coppie same sex. Per la prima volta viene riconosciuta la parentela fra fratelli», *Osservatorio nazionale sul diritto di famiglia*, 11 luglio 2020.

CIPRIANI, N., «Le adozioni», in Cordiano, A., Senigaglia, R. (a cura di); *Diritto civile minorile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022, p.326; v. anche PANE, R., op. cit., p. 12 ss.

DE CUPIS, A., «Sulla «depatrimonializzazione» del diritto privato», *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 482;

DI STEFANO, L., «Adozione del minore, figlio del coniuge nato da una precedente relazione, e rapporti continuati con il padre biologico», *GiustiziaCivile.com*, 2022.

DONISI, C., «Verso la depatrimonializzazione del diritto privato», *Rass. dir. civ.*, 1980, p.644;

FERRANDO, G., «Adozione in casi particolari e pluralità di rapporti parentali», *Fam. dir.*, 2022, p. 1118.

FERRANDO, G., «L'adozione in casi particolari nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale», *Relazione tenutasi all'incontro di studio "Il minore e il"*, 2016, p. 2 ss.

GONZÁLEZ, M. J. C., GIOBBI, M., ŠKERL, J. K., RUGGERI, L., WINKLER, S., GONZÁLEZ, M. J. C., ... & WINKLER, S., *Property Relations of Cross-border Couples in the European Union*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, pp. 1 ss.;

LENTI, L., «Introduzione. Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva», in COLLURA, G., LENTI, L., MANTOVANI, M. (a cura di), *Tratt. dir. fam.* Zatti, Milano, 2002, 575 ss.

LOPINTO, M., «L'adozione in casi particolari, Corte di Cassazione, I sez. civ., ordinanza 10989 del 2022», *Academia*, 2022, p.1 ss.;

LUDET, D., «L'interaction judiciaire ou l'institutionnalisation du dialogue avec le Protocole n 16 (analyse de la première saisine par la Cour de cassation de France)», *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 2020, pp. 179-196;

NALIN, E., «Dialogo tra Corti europee e giudici nazionali in tema di maternità surrogata: verso un bilanciamento tra limite dell'ordine pubblico e superiore interesse del minore», *Freedom, Security & Justice:European Legal Studies*, 2022, pp.237-257.

PACINI, G., «L'estensione dei legami di parentela tra adottato in casi particolari e parenti dell'adottante, alla luce della decisione della Corte costituzionale», *Giustizia civile*, 2022, pp. 4-7.

PANE, R., «Le adozioni tra evoluzione storica e prospettive di riforma», *Dir. succ. fam.*, 2019, p. 12.

PANE, R., *Le adozioni tra innovazioni e dogmi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, p. 12.

PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, p. 4 ss.

PERLINGIERI, P. *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, pp. 952 ss.

PERLINGIERI, P., «Depatrimonializzazione e diritto civile», *Rass. dir. civ.*, 1983, pp. 1 ss.;

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, A., «L'adozione delle persone maggiori di età», in GALGANO, F. (a cura di), *Commentario c.c. Scialoja-Branca, Zanichelli*, Bologna- Roma, 1995, pp. 3 ss.

RE, P., «L'ascolto del minore da parte del giudice onorario» in CAVALLO, M. (a cura di), *Mille facce dell'ascolto del minore*, Armando editore, Roma, 2012, pp. 119-134.

RUGGERI, F., «Adozione in casi particolari e modelli familiari, tra effettiva equiparazione dello status filiationis e legami parentali», *Attualità giuridica iberoamericana*, 2022, pp. 684-715.

RUGGERI, L., «I Regolamenti europei sui regimi patrimoniali e il loro impatto sui profili personali e patrimoniali delle coppie cross-border», in LANDINI, S. ( a cura di ), *Eu Regulations 650/2012, 1103 and 1104 del 2016: cross border families, international successions, mediation issue and new financial assets*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, pp. 117-136.

RUGGERI, L., GARETTO, R., *European Family Property Relations Article by Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 1 ss.

RUGGERI, L., KUNDA, I., & WINKLER, S., *Patrimonio familiare e successioni negli Stati membri dell'UE: rapporti nazionali sui dati raccolti*, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet, Rijeka, 2019, pp. 1 ss.

ŠKERL, J. K., RUGGERI, L., VITERBO, F.G., *Succession law Working Paper*, nel programma European Union's Justice Programme, Camerino, 2019, pp. 1 ss.



# Adozione in casi particolari e legami parentali

Valerio D'Alessandro

**ABSTRACT:** Muovendo dalla sentenza con cui la Corte costituzionale ha censurato la mancata instaurazione di legami tra adottato in casi particolari e parenti dell'adottante, il lavoro si estende alle questioni sottese alla possibile duplicazione di rami parentali, anche relative al diritto delle successioni.

**SOMMARIO:** 1. L'adozione in casi particolari e il nodo dei legami parentali. – 2. Il rigetto della tesi sull'abrogazione tacita del rinvio contenuto nell'art. 55 l. adoz. e la dichiarazione di incostituzionalità della disposizione. – 3. Oltre la dicotomia parentale. – 4. Adozione in casi particolari, legami parentali e diritto delle successioni.

## 1. L'adozione in casi particolari e il nodo dei legami parentali

Con sentenza 28 marzo 2022, n. 79 la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 55 l. ad. nella parte in cui prevedeva, mediante il rinvio all'art. 300, comma 2, c.c., che l'adozione in casi particolari non inducesse alcun rapporto tra adottato e parenti dell'adottante<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Corte cost. 28 marzo 2022, n. 79, *Famiglia*, 2022, pp. 349 ss., con nota di BIANCA, M., «La Corte costituzionale e il figlio di coppia omoaffettiva. Riflessioni sull'evoluzione dei modelli di adozione», nonché *Fam. dir.*, 2022, pp. 897 ss., con nota di SESTA, M., «Stato giuridico di filiazione dell'adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei

Considerata la sua indubbia importanza, la pronuncia è stata oggetto di autorevoli commenti<sup>2</sup>, volti soprattutto a indagare l'adeguatezza della soluzione individuata dalla Corte rispetto alla tutela che, nel silenzio del legislatore, la Costituzione impone di riconoscere alla realtà che aveva dato origine alla decisione: l'esistenza di una famiglia omogenitoriale e la necessità di salvaguardare l'identità del minore nato per volontà di persone dello stesso sesso<sup>3</sup>.

---

vincoli parentali». La decisione si colloca nel solco del più generale dibattito sull'idoneità dell'istituto dell'adozione in casi particolari a garantire l'effettività dell'interesse del minore a preservare la relazione affettiva di tipo familiare con il genitore c.d. d'intenzione, soprattutto a séguito del parere consultivo reso dalla Grande Camera della Corte Edu il 10 aprile 2019, a mente del quale l'adozione di un bambino da parte del genitore intenzionale deve essere assicurata tramite una procedura tempestiva ed efficace. Al riguardo, cfr. Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32, *Giur. it.*, 2022, pp. 311 ss., con commento di FAVILLI, C., «Stato filiale e genitorialità sociale: dal fatto al rapporto», nonché Corte cost. 10 marzo 2021, n. 33, *Fam. dir.*, 2021, pp. 677 ss., con nota di DOGLIOTTI, M., «Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?», e di FERRANDO, G., «La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori», nonché *Giur. it.*, 2022, pp. 310 ss., con nota di CALDERAI, V., «Il dito e la luna. I diritti fondamentali dell'infanzia dopo Corte cost. n. 33/2021». Sul tema, è recentemente intervenuta Cass., Sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, *DeJure*.

<sup>2</sup> Cfr. le pagine di FERRANDO, G., «Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?», *Questione giustizia*, 7 giugno 2022, pp. 1 ss.; BIANCA, M., *op. cit.*, pp. 364 ss.; SESTA, M., *op. cit.*, pp. 904 ss.; CINQUE, M., «Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità», *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, pp. 1013 ss.; SENIGAGLIA, R., «Criticità della disciplina dell'adozione in casi particolari dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022», *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, pp. 1333 ss.

<sup>3</sup> Di séguito la vicenda che ha dato origine alla decisione: una coppia di uomini unita in matrimonio all'estero, dopo aver conseguito la trascrizione in Italia del relativo atto come unione civile, aveva dato corso – sempre all'estero – a una surrogazione di maternità da cui era nata una figlia legata biologicamente a uno dei componenti della coppia. L'altro partner aveva instaurato un giudizio dinanzi al Tribunale per i minorenni di Bologna per l'adozione della minore ex art. 44, comma 1, lett. d), l. ad., domandando contestualmente il riconoscimento dei rapporti civili tra l'adottata e i propri parenti. Il Tribunale per i minorenni accoglieva la domanda di adozione, ma non quella relativa al riconoscimento dei legami parentali, reputando a ciò ostativo

Se l'intervento della Corte in questa direzione è certamente condivisibile, devono apprezzarsi i riflessi della pronuncia sull'impianto complessivo dell'istituto di cui all'art. 44 l. 4 maggio 1983, n. 184.

Dichiarando *tout court* incostituzionale il rinvio contenuto nell'art. 55 l. ad., la Consulta non ha limitato gli effetti della propria decisione al caso concretamente sottoposto al suo giudizio, ma ha accomunato *quoad effectum* le fattispecie di omogenitorialità agli altri "casi particolari" individuati dall'art. 44 l. ad.

Casi in cui è ben possibile che il minore abbia (e, dunque, mantenga) vincoli di parentela, sia dal lato materno che da quello paterno.

Ipotesi in cui ai rapporti civili con la famiglia di origine dell'adottato, *già composta da due rami parentali* – profilo di netta differenza con le ipotesi di omogenitorialità<sup>4</sup> – si aggiungono, appunto, quelli con la famiglia adottiva<sup>5</sup>.

---

il rinvio che l'art. 55, l. ad., operava all'art. 300, comma 2, c.c., dettato in materia di adozione di persone maggiori di età. Ritenendo di non poter dare séguito alla tesi dottrinale secondo cui l'art. 55 sarebbe stato tacitamente abrogato dall'art. 74 c.c. nella nuova formulazione, il Tribunale ha sollevato questione di legittimità costituzionale della predetta disposizione con riferimento agli artt. 3, 31, 117, comma 1, Cost., (quest'ultimo in relazione all'art. 8 Cedu).

<sup>4</sup> Si badi che, fra le ipotesi di adozione *ex art. 44 l. ad.*, la fattispecie che ha occasionato il giudizio di legittimità costituzionale (*i.e.* l'adozione del minore nato a séguito di surrogazione di maternità) è la sola a contemplare necessariamente, sin dall'origine, un minore titolare di rapporti di parentela *soltanto* con lo stipite del genitore c.d. biologico. Sul punto si tornerà *infra* al § 3.

<sup>5</sup> Di una possibile «duplicazione dei rami parentali» discorre BIANCA, M., *op. cit.*, p. 369; SESTA, M., *op. cit.*, p. 905.

## 2. Il rigetto della tesi sull'abrogazione tacita del rinvio contenuto nell'art. 55 l. adoz. e la dichiarazione di incostituzionalità della disposizione

Prima dell'intervento della Corte costituzionale, l'incertezza sulla costituzione dei legami parentali nell'adozione in casi particolari derivava dalla formulazione dell'art. 55, l. adoz.

La disposizione, nel delineare la condizione giuridica del soggetto adottato ex art. 44, richiama talune norme in materia di adozione di maggiorenni, tra cui l'art. 300 c.c.; quest'ultimo, al secondo comma, recita: "L'adozione non induce alcun rapporto civile tra l'adottante e la famiglia dell'adottato, né tra l'adottato e i parenti dell'adottante, salve le eccezioni stabilite dalla legge"<sup>6</sup>.

Dal canto proprio, il testo riformato dell'art. 74 c.c. prevede un rapporto di parentela, e cioè "vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite", "sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo", specificando che il rapporto "non sorge nei casi di adozione di persone maggiori di età, di cui agli articoli 291 e seguenti".

Dalla nuova formulazione della norma una parte della letteratura inferiva che il rinvio dell'art. 55 l. adoz. alla disciplina recata dal secondo comma dell'art. 300 c.c. fosse stato tacitamente abrogato. Il legislatore della riforma, mediante il nuovo testo dell'art. 74 c.c., avrebbe espressamente sancito il sorgere di legami parentali *tra l'adottato e i parenti dell'adottante*, sicché l'esclusione del legame parentale sarebbe stata limitata al solo caso di adozione di persone maggiori di età<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Le "eccezioni stabilite dalla legge" di cui all'art. 300 c.c. sono quelle dettate in materia di matrimonio. Il primo comma dell'art. 300 c.c., invece, prevede che l'adozione del maggiore di età non determina il venir meno dei diritti e dei doveri dell'adottato nei confronti della famiglia d'origine.

<sup>7</sup> Così MORROZZO DELLA ROCCA, P., «Il nuovo *status* di figlio e le adozioni in casi particolari», *Fam. dir.*, 2013, pp. 838 ss.; FERRANDO, G., «La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali», *Corr. giur.*, 2013, p. 528; LENTI, L., «La sedicente riforma della filiazione», *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 202; DOSSETTI, M., «La parentela», in DOSSETTI, M., MORETTI, M., MORETTI, C., *La riforma della filiazione*, Bologna, 2013, p. 20; DOSSETTI, M., «Dopo la riforma della filiazione: i nuovi

Contro questa interpretazione si poneva la dottrina prevalente che, oltre a richiamare l'intenzione del legislatore della riforma<sup>8</sup>, osservava come il testo dell'art. 74 c.c. aveva piú semplicemente ribadito quanto già previsto dell'art. 300, comma secondo, c.c.; di talché il rinvio operato a quest'ultima norma dall'art. 55 l. ad. sarebbe rimasto pienamente efficace. Dunque, anche a séguito della riforma della filiazione, non poteva dirsi realizzato un assetto dei rapporti di

---

successibili», *Fam. dir.*, 2015, pp. 941 ss., 943; GIACOBBE, E., «Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. Riflessioni sulla riforma "Bianca"», *Dir. fam.*, 2014, p. 838; LONG, J., «L'impatto della riforma della filiazione sulla disciplina delle adozioni dei minorenni», in AA.VV., *La nuova disciplina della filiazione*, Maggioli, Rimini, 2014, p. 258; GIUSTI, A., «L'adozione di minori di età in casi particolari», in *Tratt. dir. fam.* Bonilini, Utet, Torino, 2016, p. 3967.

- <sup>8</sup> Lo "Schema di d.lgs. volto a dare attuazione alla delega contenuta nella legge 10 dicembre 2012, n. 219" prevedeva espressamente che "il riferimento ai figli adottivi, contenuto nella disposizione [art. 74 c.c. riformato], deve essere inteso in relazione alla così detta adozione "piena", cioè all'adozione dei minori di età che, ai sensi dell'articolo 27 della legge n. 184/1983, per effetto dell'adozione acquistano lo stato di figlio "legittimo" (da ora "nato nel matrimonio") degli adottanti". La conclusione veniva ribadita da BIANCA, C. M., «Note introduttive», in ID. (a cura di), *La riforma del diritto della filiazione, Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 439, nt. 8, che osservava come "[i]l vincolo di parentela con le famiglie degli adottanti deve egualmente escludersi quando si tratti di adozione in casi particolari"; ID., «La legge italiana conosce solo figli», *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 2, nt. 7: "Il vincolo di parentela con le famiglie degli adottanti deve egualmente escludersi quando si tratti di adozione in casi particolari"; nella medesima prospettiva, SESTA, M., «Stato unico di filiazione e diritto ereditario», *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 14 ss.; ID., «L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari», *Fam. dir.*, 2013, pp. 231 ss., 235-236; VELLETTI, M., «La parentela a séguito della riforma (art. 74 c.c. come modificato dall'art. 1, comma 1, della l. n. 219/2012)», in BIANCA, C. M. (a cura di), *La riforma della filiazione*, Cedam, Padova, 2015, pp. 178 ss.; MAGNANI, A., «Il principio di unicità dello stato giuridico di figlio. Il nuovo concetto di parentela. Riflessi successori», *Riv. not.*, 2013, p. 666; PALAZZO, A., «La riforma dello status di filiazione», *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 245 ss.; CINQUE, M., «Profili successori nella riforma della filiazione», *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, pp. 663 ss.; SALANITRO, U., «La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega (I parte)», *Corr. giur.*, 2014, p. 544; RUSCONI, C., «L'adozione in casi particolari: aspetti problematici nel diritto vigente e prospettive di riforma», *Jus*, 2015, p. 19; LA SPINA, A., «Unicità dello status filiationis e adozioni», *Rass. dir. civ.*, 2015, pp. 803 ss.; CRISTIANI, F., *Vincolo di parentela e mutazioni della famiglia*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 23 ss.

parentela per l'adottato in casi particolari diverso da quello pensato dalla l. ad.

La Corte costituzionale, che già in passato s'era incidentalmente espressa sul punto<sup>9</sup>, con la sentenza n. 79 del 2022 ha chiarito che la perdurante presenza di un "ostacolo chiaro e inequivoco" quale il rinvio contenuto nell'art. 55 l. ad. non avrebbe potuto essere superata per il tramite di un'abrogazione tacita, anche in ragione dell'impatto sistematico recato da un'innovazione di tale portata<sup>10</sup>.

Ricostruita l'evoluzione ermeneutica e applicativa dell'istituto di cui all'art. 44 l. ad.<sup>11</sup>, la Corte ha osservato che, nonostante numerosi indici legislativi depongano nel senso del riconoscimento dello stato di figlio al minore adottato in casi particolari<sup>12</sup>, egli si vede comunque

---

<sup>9</sup> Il riferimento corre, in particolare, a Corte cost. n. 32 del 2021, cit., che discorreva di una "incerta incidenza della modifica dell'art. 74 cod. civ. operata dall'art. 1, comma 1, della legge 10 dicembre 2012, n. 219" e a Corte cost. n. 33 del 2021, cit., che reputava "ancora controverso – stante il perdurante richiamo operato dall'art. 55 l. ad. all'art. 300 cod. civ. – se anche l'adozione in casi particolari consenta di stabilire vincoli di parentela tra il bambino e coloro che appaiono socialmente, e lui stesso percepisce, come propri nonni, zii, ovvero addirittura fratelli e sorelle".

<sup>10</sup> Osserva la Corte come il rinvio dell'art. 55 l. ad. all'art. 300, secondo comma, c.c., non è neppure incluso nell'elenco recato dall'art. 106 d.lg. 28 dicembre 2013, n. 154 ("Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219"), che indica le disposizioni abrogate dalla riforma della filiazione: "il carattere fortemente innovativo della previsione di rapporti civili tra il minore adottato in casi particolari e i parenti dell'adottante portano a escludere che un simile mutamento normativo possa ritenersi realizzato con una mera abrogazione tacita e che la via ermeneutica sia sufficiente a superare il dubbio di legittimità costituzionale".

<sup>11</sup> Su cui v. ora, in dottrina, CIPRIANI, N., «Adozione in casi particolari», in *Enc. dir. I tematici*, IV, *Famiglia*, pp. 25 ss., spec. 27 ss.

<sup>12</sup> La Consulta richiama, a esempio, l'assunzione della responsabilità genitoriale da parte dell'adottante (art. 48, comma primo, l. ad.); l'obbligo dell'adottante di mantenere l'adottato, di istruirlo ed educarlo conformemente a quanto prescritto dall'art. 147 c.c. (art. 48, comma secondo, l. ad.); l'applicabilità degli artt. 330 e ss. c.c. (artt. 51, comma quarto; 52, comma quarto, l. ad. e, dunque: la trasmissione del cognome dall'adottante all'adottato; l'attribuzione di diritti successori a quest'ultimo; l'operatività della rappresentazione a beneficio dei discendenti dell'adottato; la revoca automatica del testamento dell'adottante; il sorgere di obblighi alimentari reciproci etc.; cfr., *amplius*, il punto 8.1. della decisione n. 79 del

“privato del riconoscimento giuridico della sua appartenenza proprio a quell’ambiente familiare, che il giudice è chiamato (...) a valutare, al fine di deliberare in merito all’adozione” (art. 57, comma 2, l. ad.).

È dunque discriminatorio che, stante l’unificazione dello *status* di figlio, al minore adottato *ex art. 44 l. ad.* siano negati i legami parentali con la famiglia del genitore adottivo.

Nelle parole della Consulta, l’instaurazione di detti legami non potrebbe affatto essere ostacolata dalla permanenza di rapporti tra il minore adottato *ex art. 44 l. ad.* e la famiglia d’origine: “l’aggiunta” di vincoli parentali con la famiglia dell’adottante non sarebbe altro che la “naturale conseguenza di un tipo di adozione che può pronunciarsi anche in presenza dei genitori biologici e che vede, dunque, il genitore adottivo, che esercita la responsabilità genitoriale, affiancarsi a quello biologico”. Del resto – si legge nella decisione – se l’unicità dello *status* di figlio (art. 253 c.c.) risponde all’esigenza di evitare il contrasto fra due diverse verità, nel caso in cui sia lo stesso legislatore ad affiancare al genitore biologico quello adottivo, sovrapponendo due vincoli di filiazione, “l’unicità della famiglia si tramuta in un dogma, che tradisce il retaggio di una logica di appartenenza in via esclusiva”<sup>13</sup>.

Secondo il Giudice delle leggi, dunque, l’idea per cui si possa avere una sola famiglia – da cui discenderebbe l’impossibilità di concepire un’*addizione di rami parentali* – sarebbe smentita dalla riforma della filiazione: anche il figlio nato fuori dal matrimonio “ha, infatti, a ben vedere, due distinte famiglie giuridicamente tra di loro non comunicanti”<sup>14</sup>.

Nel caso di adozione in casi particolari, l’identità del minore è connotata proprio da questa *doppia appartenenza*, sicché negare i legami

---

2022). In senso critico, cfr. SESTA, M., *Stato giuridico di filiazione*, cit., pp. 906 ss.

<sup>13</sup> In dottrina, manifestava perplessità sull’idea tradizionale dell’*“appartenenza a una famiglia”*, in quanto “simbolo ormai privo di un contenuto degno di tutela”, LENTI, L., «L’adozione», in LENTI, L., MANTOVANI, M., (a cura di), *Il nuovo diritto della filiazione*, in *Tratt. dir. fam.* Zatti, Giuffrè, Milano, 2019, p. 414.

<sup>14</sup> Sebbene la ‘mancanza di comunicazione’ tra le famiglie per il caso del figlio nato fuori dal matrimonio parrebbe discendere dall’inesistenza del vincolo di affinità (SESTA, M., *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, cit., pp. 4-5) che, peraltro, interessa i coniugi-genitori e non già il minore. Che, anche prima della riforma della filiazione, il figlio nato fuori dal matrimonio ha sempre avuto un’unica famiglia (quella dei suoi genitori) e quattro soli nonni (quelli di sangue) è sottolineato da BIANCA, M., *op. cit.*, p. 369.

che scaturiscono dal vincolo adottivo “equivale a disconoscere tale identità e, dunque, non è conforme ai principi costituzionali”.

### 3. Oltre la dicotomia parentale

Dalla pronuncia di illegittimità costituzionale discende un significativo mutamento non soltanto dell’istituto dell’adozione in casi particolari nel suo insieme, ma anche, piú in generale, dei connotati dell’istituzione familiare: il ‘binarismo parentale’ – inteso come riferibilità *biografica*, seppur non necessariamente biologica, a (non piú di) due rami parentali – è un assioma non piú predicabile.

Muovendo dal primo dei profili cennati, l’inserimento dei figli adottati *ex art. 44 l. ad.* nella rete parentale del genitore adottivo riduce il divario con l’istituto dell’adozione piena<sup>15</sup> eliminando, sul piano del diritto sostanziale, l’elemento normativo su cui si fondava l’opposizione tra filiazione adottiva “legittimante” e filiazione adottiva in senso stretto, o “non legittimante”<sup>16</sup>.

La Consulta non ha limitato gli effetti della decisione di incostituzionalità alla fattispecie che aveva occasionato la rimessione alla Corte, pronunciandosi con riguardo a tutti i “casi particolari” contemplati dall’art. 44, l. ad.

E tuttavia, diversamente dall’adozione da parte del genitore intenzionale *ex art. 44, lett. d)* – caso in cui è evidente l’interesse del nato a veder riconosciuto il legame di parentela con la famiglia dell’adottante, in mancanza del quale egli sarebbe titolare di rapporti civili *soltanto* con il ramo del genitore c.d. biologico – nelle altre situazioni in cui può trovare applicazione l’adozione in casi particolari il minore spesso ha già dei legami parentali (articolati in *due rami*,

---

<sup>15</sup> Permangono differenze tra i due istituti sul piano dei presupposti soggettivi, delle condizioni per accedervi, del procedimento di adozione e di taluni elementi di disciplina. Per una rassegna di questi profili v. CIPRIANI, N., *op. cit.*, pp. 38 ss.

<sup>16</sup> Avvertiva che il riconoscimento del vincolo di parentela con la famiglia dell’adottante avrebbe finito per “stravolgere gli effetti dell’adozione nei casi particolari, che verrebbe sostanzialmente equiparata a quella ordinaria” SESTA, M., *op. ult. cit.*, p. 15.



quello materno e quello paterno) con la famiglia d'origine, che permangono anche a séguito dell'adozione<sup>17</sup>.

Dunque, di là dal caso in cui sia il genitore non biologico ad adottare il minore nato da un progetto procreativo condiviso con il proprio *partner*, ciò che la decisione della Consulta determina è un potenziale *aumento* o *duplicazione nel numero delle figure parentali* ovvero una *riscrittura* o *sovrapposizione dei gradi di parentela esistenti*<sup>18</sup>.

Di un *aumento* delle figure parentali potrà discorrersi, per esempio, nel caso di cui all'art. 44, lett. *b*), l. ad., in cui il minore viene adottato dal coniuge di uno dei genitori (c.d. adozione coparentale). Si dia, per modo d'esempio, il caso di Tizio, figlio biologico di Caia e Sempronio, che viene adottato da Mevio (c.d. genitore sociale), coniuge di Caia, al fine di formalizzare, mediante il procedimento semplificato dell'adozione *ex art. 44*, il rapporto di tipo familiare instaurato con il minore. Ai due rami "d'origine" dei genitori biologici si aggiungerà, per effetto della declaratoria di incostituzionalità, il ramo parentale dell'adottante<sup>19</sup>.

Ma non solo. Nei casi in cui venga disposta l'adozione mite *ex art. 44*, lett. *d*), l'adottato manterrà rapporti con i genitori biologici e con la famiglia d'origine ed entrerà a far parte della famiglia dei genitori adottivi. Dunque, e ancora una volta provandoci in un esempio, Tizio, minore adottando, a séguito dell'adozione manterrà rapporti con i

---

<sup>17</sup> Invero, il tratto distintivo dell'istituto dell'adozione in casi particolari è costituito dal rilievo che essa non determina la rottura dei legami con la famiglia di origine (sul punto, v. CAMPAGNA, L., *Famiglia legittima e famiglia adottiva*, Giuffrè, Milano, 1966, pp. 110 ss.), ciò che spiega(va) la mancata instaurazione di rapporti civili tra adottato e famiglia dell'adottante. Ripercorre le criticità che avevano suggerito al legislatore della riforma di non estendere l'art. 74 c.c. ai minori adottati in casi particolari BIANCA, M., *op. cit.*, pp. 370 ss. Nell'indagare la questione dei rapporti tra parenti e le norme poste dall'art. 300 c.c., ha anticipato molte delle questioni oggi dibattute BARBA, V., «Variazioni critiche sull'art. 300 c.c.», *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 489, il quale osserva che l'adottante ha il "potere di creare con l'adottato un vincolo familiare naturalisticamente inesistente, il quale non può essere imposto anche ai parenti dell'adottante, che quel vincolo non vogliono o, addirittura, possono anche avversare. Su costoro non sarebbe razionale imporre l'esistenza del vincolo".

<sup>18</sup> Reputa che una sovrapposizione tra ruoli parentali all'interno della famiglia di origine possa essere disorientante per il minore CINQUE, M., *Nuova parentela*, cit., p. 1018.

<sup>19</sup> Cfr. BIANCA, M., *op. cit.*, pp. 368-369.

propri genitori biologici Caia e Sempronio, e verrà adottato dai coniugi affidatari Mevia e Filano. Potrà giungersi, così, a una *duplicazione* di rami parentali: instaurandosi rapporti anche con le famiglie degli adottanti (*i.e.* con i familiari di Mevia e Filano), il minore potrà in astratto avere quattro rami di parentela (due riferibili ai genitori biologici, due a quelli adottivi), otto nonni etc.

Una *riscrittura* o *sovrapposizione* dei gradi di parentela, invece, potrà verificarsi nel caso di cui all'art. 44, lett. a), l. ad., dettato per il minore orfano di entrambi i genitori adottato da un parente (fino al sesto grado) o comunque a lui legato da un preesistente rapporto stabile e duraturo<sup>20</sup>. Così, la zia che dovesse adottare il minore diventerebbe sua madre; i figli o le figlie dell'adottante – fino a quel momento cugini o cugine dell'adottato – diverrebbero suoi fratelli o sorelle.

La scelta del Giudice delle leggi di non limitare gli effetti della pronuncia al caso sottoposto al suo giudizio (e, dunque, ai contesti omogenitoriali) è stata consapevole<sup>21</sup>: ripercorrendo la casistica che dà accesso all'adozione in casi particolari, la Corte ha osservato come si tratta di situazioni in cui il riconoscimento di una "rete di rapporti familiari non è certo un privilegio", ma costituisce, "oltre che un consolidamento della tutela rispetto a situazioni peculiari e delicate, il doveroso riconoscimento giuridico di relazioni, che hanno una notevole incidenza sulla crescita e sulla formazione di tali minori e che non possono essere negate, se non a costo di incidere sulla loro identità"<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> È la stessa Corte costituzionale a portare l'esempio della zia che adotta la nipote: "al suo precedente ruolo si sovrappone quello di madre adottiva, con tutti gli effetti che ne conseguono. Non si comprende, allora, perché questo non debba coinvolgere anche gli altri componenti del nucleo familiare". Al riguardo, cfr. CINQUE, M., *op. ult. cit.*, p. 1018; ID., «Adozione in casi particolari: parentela fra "fratelli acquisiti"?», *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, pp. 78 ss., p. 83.

<sup>21</sup> Cfr. CIPRIANI, N., *op. cit.*, p. 43: "per quanto la decisione abbia fatto un discorso astrattamente valido per tutti i casi di a.c.p., la sensazione è che la particolarità della fattispecie abbia inciso nella valutazione della Consulta".

<sup>22</sup> Sul punto, CINQUE, M., *Nuova parentela*, cit. p. 1017, rileva che "nella maggior parte delle ipotesi di cui all'art. 44 l. adozione (...) la sovrapposizione di parentele sia spesso solo formale, mentre nella sostanza sarebbe solo quella di derivazione adottiva a contare"; ID., *Adozione in casi particolari*, cit., pp. 82-83. Cfr. anche le pagine di LENTI, L., *op. ult. cit.*, pp. 414 ss., secondo cui il "maggior favore" che l'adottato in casi particolari conseguirebbe rispetto all'adottato con adozione piena sarebbe,

Si perviene, così, a una (ri)sistemazione del paradigma familiare, che riflette il pluralismo insito nella vita e negli affetti vissuti dal minore adottato in casi particolari<sup>23</sup>.

In questo nuovo e diverso orizzonte, tramontata 'l'unicità della famiglia', a mutare è anche uno dei tratti identificativi della formazione sociale familiare: la riferibilità biografica dell'individuo a una circoscritta dualità di rami parentali.

#### 4. Adozione in casi particolari, legami parentali e diritto delle successioni

Ove, poi, si abbia tratto ai profili successori, non poche incertezze discendono dal riconoscimento di rapporti civili tra adottato e famiglia dell'adottante<sup>24</sup>.

---

piuttosto, "un favore modesto e, soprattutto, altamente ipotetico, purché si guardi con realismo alle probabili condizioni della famiglia d'origine"; MORROZZO DELLA ROCCA, P., *op. cit.*, p. 841. Più in generale, sull'appartenenza alla comunità familiare quale fattore identitario che determina la compartecipazione dei suoi componenti alle vicende anche personali degli altri v. PERLINGIERI, P., «I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare», *Rass. dir. civ.*, 1982, pp. 72 ss.; SCALISI, V., «Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi», *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 1287 ss., spec. p. 1314: "Quello tra famiglia e persona è dunque nesso di necessaria coappartenenza, nel senso di reciproca funzionalità alla costruzione e alla riconoscibilità stessa delle rispettive identità: della famiglia in quanto luogo privilegiato di svolgimento della personalità dei suoi membri, ma pure della persona stessa, che anche e soprattutto nei legami di tipo familiare ritrova sicuramente uno degli aspetti più rilevanti della propria costitutiva qualificazione".

<sup>23</sup> Osserva SCALISI, V., «"Famiglia" e "famiglie" in Europa», *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 9-10, che "la famiglia, quale funzione della persona, non può non riflettere anch'essa siffatta realtà varia e complessa, molteplice e plurale, e conseguentemente assumere conformazioni e atteggiamenti non traducibili in un unico e ripetitivo e costante modello organizzativo". Sottolinea che il diritto di famiglia odierno si colloca lungo una "linea evolutiva sempre più lanciata verso la frammentazione, la differenziazione e la moltiplicazione delle relazioni familiari" ID., *Le stagioni*, cit., p. 1292.

<sup>24</sup> Sulle problematiche connesse alla parentela e alle vicende successorie nell'adozione in casi particolari v. l'indagine di RIZZUTI, M., *Adozione aperta e rapporti successori*,

E invero ciò che è stato espunto dall'art. 55 l. ad. è unicamente il rinvio all'art. 300, comma secondo, c.c. nella parte in cui escludeva l'instaurazione di legami tra l'adottato e i parenti dell'adottante.

Permane, invece, da un lato, l'esclusione dei rapporti civili tra l'adottante e la famiglia dell'adottato e, dall'altro lato, resta saldo, almeno apparentemente, il rinvio compiuto dall'art. 55 l. ad. all'art. 304 c.c.

Ai sensi del primo comma di questa disposizione – anch'essa dettata in materia di adozione di maggiorenni – “l'adozione non attribuisce all'adottante alcun diritto di successione”; il secondo comma, invece, recita: “I diritti dell'adottato nella successione dell'adottante sono regolati dalle norme contenute nel libro II”.

Tra queste norme, oltre a quelle che determinano per l'adottato l'acquisto della qualità di legittimario e di successibile dell'adottante (artt. 536 e 567, comma primo, c.c.)<sup>25</sup>, parrebbe restare invariato l'art. 567, comma 2, c.c., ai sensi del quale i ‘figli adottivi’ sono esclusi dalla successione legittima “dei parenti dell'adottante”<sup>26</sup>.

---

Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 87 ss., 95 ss.; CHIRICHALLO, N., «Adozione in casi particolari e unità dello stato filiale. La Consulta indica al legislatore l'agenda della riforma», *rivistafamilia.it*, 17 maggio 2022, pp. 9 ss. Che l'istituto della parentela prospetti momenti di “specifica valenza nei punti di intersezione con una svariata serie di fenomeni giuridici”, tra cui primariamente quello successorio, è messo in luce da CICCARELLO, S., «Parentela (dir. civ.)», in *Enc. dir.*, XXXI, Giuffrè, Milano, 1981, p. 654, che osserva come la parentela spiega “effetti giuridici tipici” a “contenuto essenzialmente patrimoniale” (*Ibidem*, p. 657, nonché p. 660); nella medesima prospettiva, TRIMARCHI, V. M., «Filiazione legittima», in *Enc. dir.*, XVII, Giuffrè, Milano, 1968, pp. 461-462.

<sup>25</sup> Ricorre all'espressione di “adozione con effetti successori unilaterali” RIZZUTI, M., *op. cit.*, pp. 99-100: essi “si producono cioè solo con riguardo all'adottato e non anche all'adottante”, ciò che “finisce per proteggere il primo da eventuali operazioni abusive”, connotando “la scelta del secondo in un senso più puramente altruistico”.

<sup>26</sup> Il riferimento ai “figli adottivi” contenuto nell'art. 567, comma secondo, c.c., corre all'adottato maggiorenne e – così sembrerebbe – all'adottato in casi particolari. Sul punto, v. LENTI, L., *op. ult. cit.*, p. 412-414; CHIRICHALLO, N., *op. cit.*, p. 10, MENGONI, L., «Delle successioni legittime», in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1985, pp. 29 ss.; TAMBURRINO, G., «Successione legittima», in *Enc. dir.*, XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 1332-1333: “l'art. 567 con la limitazione del comma 2 persiste unicamente per la adozione dei maggiorenni e per quella dei minori nei casi particolari”. A lungo è stata discussa la possibilità che l'adottato in casi particolari

Si pone, dunque, il problema di interpretare l'attuale estensione della menzione ai 'figli adottivi' contenuta nella disposizione.

Al riguardo sembra che l'estraneità dei minori adottati *ex art. 44 l. ad.* alla successione legittima dei parenti dell'adottante non abbia più una meritevole giustificazione, non soltanto in base al riconoscimento dello *status* di figlio al minore adottato in casi particolari, ma anche perché – venuto meno l'elemento normativo che ostacolava l'instaurazione di rapporti civili tra adottato e parenti dell'adottante – essa non parrebbe conforme all'odierno assetto, funzionale e valoriale, riconosciuto all'istituto dell'adozione in casi particolari, che è tesa a tutelare l'adottando garantendogli un contesto familiare sereno e l'assistenza morale e materiale di cui ha bisogno<sup>27</sup>.

E invero, se ai figli adottati *ex art. 44 l. ad.* è stato riconosciuto il medesimo *status* dei figli biologici e di quelli adottati mediante adozione c.d. piena, essi non potrebbero affatto considerarsi *estranei* alla successione dei parenti dell'adottante (art. 567, comma 1, c.c.); la soluzione contraria sarebbe evidentemente incoerente con quanto deciso dalla Consulta circa lo *status* di figlio all'adottato in casi particolari, che avrebbe – sia pur in forma mediata e indiretta – inciso significativamente sullo statuto della successione legittima<sup>28</sup>.

Sarebbe opportuno, dunque, interpretare l'esclusione di cui all'art. 567, comma 2, c.c. come riferita al solo adottato maggiorenne, anche

---

potesse succedere per rappresentazione. Per la soluzione favorevole, cfr. COSTANZA, M., «Delle successioni legittime. Della successione dei parenti», in *Comm. dir. fam.* Cian, Oppo e Trabucchi, 1992, p. 102: "il diritto di rappresentazione non implica l'esistenza di un rapporto di parentela tra il *de cuius* e il rappresentante, ma un duplice legame di parentela fra rappresentante e rappresentato e tra quest'ultimo e l'ereditando".

<sup>27</sup> Alla luce della contemporanea dimensione del concetto di famiglia, avverte della necessità di rileggere il diritto successorio, svolgendo un controllo di compatibilità, adeguatezza e congruenza della disciplina rispetto agli interessi coinvolti BARBA, V., «Trasformazioni della famiglia e successioni *mortis causa*», *Riv. dir. priv.*, 2017, pp. 513 ss., spec. pp. 518-519. Sull'evoluzione della funzione propria dell'adozione in casi particolari, v. ora CIPRIANI, N., *op. cit.*, pp. 27 e ss.

<sup>28</sup> Del resto, la Corte costituzionale ricorda che lo *status* di figlio "in sé attrae l'appartenenza a una comunità familiare" da cui deriva "un complesso di diritti e di doveri facenti capo ai parenti, che accompagnano il percorso di crescita del minore, con l'apporto di relazioni personali e di tutele patrimoniali" (così Corte cost. n. 79 del 2022, cit., al punto 7.1.1).

tenuto conto del brano in cui la Corte rileva che “la rimozione della disposizione censurata nel suo rinvio all’art. 300, comma 2, c.c. non richiede coordinamenti sistematici, poiché, con riferimento alle relazioni parentali, è l’art. 74 c.c., come novellato nel 2012, che svolge tale precipua funzione (...) La chiarezza del meccanismo disegnato dall’art. 74 c.c. permette, di riflesso, di applicare, in maniera del tutto lineare, le conseguenze e gli effetti giuridici che nel sistema normativo discendono dalla sussistenza dei legami familiari, *sicché potranno applicarsi al figlio adottivo tutte le norme che hanno quale presupposto l’esistenza di rapporti civili fra l’adottato e i parenti dell’adottante*”<sup>29</sup>.

Conseguentemente, l’adottato *ex art. 44 l. ad.* potrà succedere non soltanto all’adottante, ma anche ai figli di quest’ultimo (che, per effetto dell’instaurazione di rapporti civili, saranno suoi fratelli o sorelle), ai fratelli e alle sorelle dei suoi genitori (suoi zii e zie) e, più in generale, ai parenti che compongono la famiglia adottiva sino al sesto grado. Allo stesso modo, e in virtù del principio di reciprocità che permea i rapporti parentali, i parenti dell’adottante potranno succedere *ex lege* all’adottato in casi particolari<sup>30</sup>.

La circostanza, poi, che al soggetto adottato *ex art. 44 l. ad.* possano eventualmente succedere persone che discendono dallo stipite dell’adottante – sino al sesto grado di parentela – ma non quest’ultimo profilerebbe evidenti dubbi di compatibilità costituzionale del rinvio operato dall’art. 55 l. ad. all’art. 304, comma 1, c.c., ai sensi del quale “l’adozione non attribuisce all’adottante alcun diritto di successione”<sup>31</sup>. Ciò a maggior ragione se si riflette che la *ratio* sottesa alla disposizione – quella di fornire una tutela contro i condizionamenti di natura patrimoniale ed ereditaria che potrebbero indurre ad adozioni “interessate” – è recessiva rispetto agli interessi di ordine esistenziale e personale che la Consulta ha riconosciuto

<sup>29</sup> Corte cost. n. 79 del 2022, cit., punto 10.

<sup>30</sup> Un simile mutamento si era avuto, in passato, con riguardo allo statuto successorio del figlio nato fuori del matrimonio a séguito della l. 219/2012, su cui v. SESTA, M., *L’unicità*, cit., p. 239; BARBA, V., «Principi successorî del figlio nato fuori del matrimonio e problemi di diritto transitorio», *Fam. dir.*, 2014, pp. 497 ss., spec. pp. 503 ss.

<sup>31</sup> Esprime perplessità SENIGAGLIA, R., *op. cit.*, pp. 1348-1349, che sottolinea “la debolezza di una soluzione che finisce con l’ammettere alla successione dell’adottato il nonno o lo zio (padre e fratello dell’adottante), mentre esclude il genitore adottivo”.

prevalenti nell'adozione in casi particolari. Si riflettono, anche in questo caso, le disarmonie dei rinvii che la disciplina dell'adozione in casi particolari – caratterizzata da un'impronta personalistica – compie all'adozione di maggiorenni, istituto rispondente a una logica di stampo patrimoniale<sup>32</sup>.

Coerentemente alla piena equiparazione dello *status filiationis*, ove si giungesse a espungere dall'ordinamento la norma che esclude l'adottante (o gli adottanti) dai diritti di successione nei riguardi dell'adottato *ex art. 44 l. ad.*, potrebbe profilarsi un inedito concorso tra genitore adottivo (o genitori adottivi) e genitori biologici sulla successione del figlio.

Invero, in materia di successione legittima, l'art. 568 c.c. prevede che "a colui che muore senza lasciare prole, né fratelli o sorelle o loro discendenti, succedono il padre e la madre in eguali porzioni, o il genitore che sopravvive": il minore adottato in casi particolari potrebbe avere, in talune delle ipotesi regolate dall'art. 44 l. ad., due padri e due madri, egualmente successibili. Si determinerebbe, dunque, un concorso tra due coppie di successibili appartenenti allo stesso ordine; a regolare il caso potrebbe soccorrere l'applicazione analogica della disposizione che disciplina il concorso tra ascendenti della linea materna e ascendenti della linea paterna, che prevede l'attribuzione di metà del patrimonio a ciascuna delle linee (art. 569 c.c.). Così, metà del patrimonio spetterebbe ai genitori biologici (in parti uguali, o per l'intero a quello che sopravvive); l'altra metà ai genitori adottivi (in parti uguali, o per l'intero a quello che sopravvive). La soluzione, però, non parrebbe potersi replicare per il caso in cui il genitore adottivo sia soltanto uno (ciò che accade, a es., in caso di adozione *ex art. 44, lett. b), l. ad.*), pena il *favor* di cui godrebbe l'adottante<sup>33</sup>.

Con riguardo alla successione necessaria, invece, l'adottante o gli adottanti *ex art. 44 l. ad.* verrebbero elevati a rango di legittimari<sup>34</sup>. Ciò

---

<sup>32</sup> Cfr. Corte cost. n. 79 del 2022, cit., che, con riguardo all'adozione del maggiore d'età, discorre di un istituto "plasmato su esigenze prettamente patrimoniali e successorie" (punto 8.2).

<sup>33</sup> Propone in tal caso l'applicazione della divisione per capi DOSSETTI, M., *op. ult. cit.*, p. 950.

<sup>34</sup> Più complesso il discorso con riguardo agli altri ascendenti del minore adottato *ex art. 44 l. ad.*, che non è detto debbano, sulla base del solo riconoscimento dei legami parentali, automaticamente considerarsi legittimari. Sul punto v. le osservazioni di

determinerebbe, in astratto, una nuova limitazione alla libertà testamentaria dell'adottato *ex art. 44 l. ad.*, anche in ragione della permanenza di rapporti tra quest'ultimo e genitori biologici<sup>35</sup>. Si tratta, ovviamente, non già di una limitazione 'quantitativa' (*i.e.* inerente alla misura della quota di riserva), ma di un ipotetico aumento delle possibilità che all'adottato *ex art. 44 l. ad.* sopravviva un ascendente a cui, per legge, deve essere riservata una quota del patrimonio.

Insomma, molteplici sono le questioni che si agitano, anche nel sistema successorio, a séguito del riconoscimento giuridico della *duplice appartenenza* che caratterizza la vita del minore adottato in casi particolari.

Molti degli interrogativi derivano dal riconoscimento dell'instaurazione di legami parentali *oltre* i casi di adozioni da parte del genitore d'intenzione (*ex art. 44, lett. d), l. ad.*), in ipotesi in cui potrebbe determinarsi una *concorrenza* tra i rami della famiglia d'origine e quelli della famiglia adottiva.

Se le situazioni prese in considerazione dall'art. 44 l. ad. sono eterogenee e difficilmente assimilabili tra loro, è certo che l'adozione diretta a costituire un rapporto con il genitore intenzionale – oltre a manifestare, sul piano dell'assetto d'interessi, una serie di peculiarità<sup>36</sup> – evita molte delle ambiguità recate dal coordinamento tra l'espansione dei legami parentali con la famiglia dell'adottante e il mantenimento dei rapporti tra il minore e la famiglia di origine: il nato da procreazione assistita, prima dell'adozione *ex art. 44 l. ad.*, ha soltanto rapporti con il ramo dell'altro genitore della coppia intenzionale, che di regola è unito al primo da un rapporto biologico.

---

BARBA, V., «Principî successorî del figlio nato fuori del matrimonio e problemi di diritto transitorio», pp. 505 ss. Il discorso parrebbe assumere anche meno rilevanza pratica, posta la difficoltà che tanto ai genitori adottivi quanto a quelli biologici sopravvivano i nonni dell'adottato (biologici o adottivi).

<sup>35</sup> Con riguardo ai nuovi legittimarî del figlio nato fuori dal matrimonio a séguito della riforma del 2012, osservava BARBA, V., *op. cit.*, p. 507: "è indubbio che l'estensione dei legittimarî significa compressione dell'autonomia testamentaria del figlio, il quale incontra (...) nella regolamentazione autonoma dei proprî interessi *post mortem*, limiti in precedenza inesistenti".

<sup>36</sup> CIPRIANI, N., *op. cit.*, p. 28, ma anche p. 44; SESTA, M., *Stato giuridico di filiazione*, cit., p. 908; SALANITRO, U., «Ripensando l'adozione particolare, tra limiti funzionali e integrazione analogica», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, pp. 1524 ss., 1542 ss.; BIANCA, M., *op. cit.*, p. 372.



Privare questa situazione di una specifica disciplina – oltre a disconoscere la peculiarità del modello familiare omogenitoriale – significa rischiare di sovrapporre le regolamentazioni di difformi strutture familiari, ciascuna con tratti di peculiarità nella propria conformazione e con profili applicativi del tutto specifici.

Se spetta alla complessità della cultura giuridica cogliere i mutamenti e le trasformazioni che si riflettono sull'istituzione familiare, è all'opera del legislatore che compete un'imprescindibile revisione sistematica del dato positivo, capace di restituire autonomi *statuti normativi delle differenze*, adeguati a regolare, anche in punto di successioni *mortis causa*, la particolare situazione familiare di cui trattasi<sup>37</sup>.

## Bibliografia

BARBA, V., «Trasformazioni della famiglia e successioni *mortis causa*», *Riv. dir. priv.*, 2017, pp. 513 ss.

BARBA, V., «Principi successori del figlio nato fuori del matrimonio e problemi di diritto transitorio», *Fam. dir.*, 2014, pp. 497 ss.

BARBA, V., «Variazioni critiche sull'art. 300 c.c.», *Fam. pers. succ.*, 2008, pp. 487 ss.

BIANCA, C. M., «Note introduttive», in ID. (a cura di), *La riforma del diritto della filiazione, Nuove leggi civ. comm.*, 2013, pp. 439 ss.

BIANCA, C. M., «La legge italiana conosce solo figli», *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 1 ss.

BIANCA, M., «La Corte costituzionale e il figlio di coppia omoaffettiva. Riflessioni sull'evoluzione dei modelli di adozione», *Famiglia*, 2022, pp. 364 ss.

CAMPAGNA, L., *Famiglia legittima e famiglia adottiva*, Giuffrè, Milano, 1966

CHIRICALLO, N., «Adozione in casi particolari e unità dello stato filiale. La Consulta indica al legislatore l'agenda della riforma», *rivistafamiglia.it*, 17 maggio 2022, pp. 1 ss.

---

<sup>37</sup> La conclusione raccoglie le riflessioni di SCALISI, V., *op. ult. cit.*, p. 1317.

CICCARELLO, S., «Parentela (dir. civ.)», in *Enc. dir.*, XXXI, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 654 ss.

CINQUE, M., «Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità», *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, pp. 1013 ss.

CINQUE, M., «Adozione in casi particolari: parentela fra “fratelli acquisiti”?», *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, pp. 78 ss.

CINQUE, M., «Profili successori nella riforma della filiazione», *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, pp. 657 ss.

CIPRIANI, N., «Adozione in casi particolari», in *Enc. dir. I tematici*, IV, *Famiglia*, pp. 25 ss.

COSTANZA, M., «Delle successioni legittime. Della successione dei parenti», in *Comm. dir. fam.* Cian, Oppo e Trabucchi, 1992

CRISTIANI, F., *Vincolo di parentela e mutazioni della famiglia*, Giappichelli, Torino, 2019

DOSSETTI, M., «Dopo la riforma della filiazione: i nuovi successibili», *Fam. dir.*, 2015, pp. 941 ss.

DOSSETTI, M., «La parentela», in DOSSETTI, M., MORETTI, M., MORETTI, C., *La riforma della filiazione*, Bologna, 2013, pp. 20 ss.

FERRANDO, G., «Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?», *Questione giustizia*, 2022, pp. 1 ss.

FERRANDO, G., «La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali», *Corr. giur.*, 2013, pp. 525 ss.

GIACOBBE, E., «Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. Riflessioni sulla riforma “Bianca”», *Dir. fam.*, 2014, pp. 838 ss.

GIUSTI, A., «L’adozione di minori di età in casi particolari», in *Tratt. dir. fam.* Bonilini, 2016, pp. 546 ss.

LA SPINA, A., «Unicità dello *status filiationis* e adozioni», *Rass. dir. civ.*, 2015, pp. 803 ss.

LENTI, L., «L’adozione», in LENTI L./MANTOVANI, M., (a cura di), II. *Il nuovo diritto della filiazione*, in *Tratt. dir. fam.* Zatti, 2019, pp. 381 ss.

LENTI, L., «La sedicente riforma della filiazione», *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, pp. 201 ss.

LONG, J., «L’impatto della riforma della filiazione sulla disciplina delle adozioni dei minorenni», in AA.VV., *La nuova disciplina della filiazione*, Maggioli, Rimini, 2014

MAGNANI, A., «Il principio di unicità dello stato giuridico di figlio. Il nuovo concetto di parentela. Riflessi successori», *Riv. not.*, 2013, pp. 666 ss.

MENCONI, L., «Delle successioni legittime», in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1985

MORROZZO DELLA ROCCA, P., «Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari», *Fam. dir.*, 2013, pp. 838 ss.

PALAZZO, A., «La riforma dello status di filiazione», *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 245 ss.

PERLINGIERI, P., «I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare», *Rass. dir. civ.*, 1982, pp. 72 ss.

RIZZUTI, M., *Adozione aperta e rapporti successori*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021

RUSCONI, C., «L'adozione in casi particolari: aspetti problematici nel diritto vigente e prospettive di riforma», *Jus*, 2015, pp. 19 ss.

SALANITRO, U., «Ripensando l'adozione particolare, tra limiti funzionali e integrazione analogica», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, pp. 1524 ss.

SALANITRO, U., «La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega (I parte)», *Corr. giur.*, 2014, pp. 544 ss.

SCALISI, V., «Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi», *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 1287 ss.

SCALISI, V., «"Famiglia" e "famiglie" in Europa», *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 7 ss.

SENIGAGLIA, R., «Criticità della disciplina dell'adozione in casi particolari dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022», *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, pp. 1333 ss.

SESTA, M., «Stato giuridico di filiazione dell'adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali», *Fam. dir.*, 2022, pp. 904 ss.

SESTA, M., «Stato unico di filiazione e diritto ereditario», *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 1 ss.

SESTA, M., «L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari», *Fam. dir.*, 2013, pp. 231 ss.

TAMBURRINO, G., «Successione legittima», in *Enc. dir.*, XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 1323 ss.

TRIMARCHI, V.M., «Filiazione legittima», in *Enc. dir.*, XVII, Giuffrè, Milano, 1968, pp. 456 ss.

VELLETTI, M., «La parentela a seguito della riforma (art. 74 c.c. come modificato dall'art. 1, comma 1, della l. n. 219/2012)», in BIANCA, C. M. (a cura di), *La riforma della filiazione*, Cedam, Padova, 2015

# La intervención de la mediación en conflictos derivados de la adopción abierta.

*Raquel Guillén Catalán*

**RESUMEN:** La adopción supone la creación de un vínculo de filiación entre la familia adoptiva y el adoptado extinguiendo el vínculo de este con su familia biológica de conformidad con el art. 178. 1 del Código civil. No obstante, la introducción en España de la institución de la adopción abierta supuso que el menor adoptado pudiera mantener el contacto con la familia biológica. Hecho que, aunque aportará numerosos beneficios a la persona adoptada, como el desarrollo de su identidad, conocer sus orígenes biológicos, comunicación con otros familiares, entre otros, puede suponer también el nacimiento de celos, falta de comunicación, intercambio de reproches, choque de modelos de crianza, etc. Con este trabajo se intentará evidenciar que la mediación es el proceso adecuado para resolver los conflictos familiares que nazcan derivados de las relaciones que se establezcan entre familia adoptiva, la familia biológica y la persona adoptada mediante el fortalecimiento del diálogo, la comunicación, el consenso y la negociación entre las partes implicadas en el conflicto.

**ABSTRACT:** L'adozione presuppone la creazione di un vincolo di affiliazione tra la famiglia adottiva e l'adottato, estinguendo il legame di quest'ultimo con la sua famiglia biologica ai sensi dell'art. 178. 1 del codice civile. Tuttavia, l'introduzione in Spagna dell'istituto dell'adozione aperta ha consentito al minore adottato di mantenere i contatti con la famiglia biologica. Se pur vero che, sebbene porti numerosi benefici alla persona adottata, come lo sviluppo della sua identità, la conoscenza delle sue origini biologiche, la comunicazione con altri parenti, tuttavia può anche portare a gelosia, mancanza di comunicazione, scambio di rimproveri, scontro tra modelli genitoriali,

ecc. Questo lavoro cercherà di dimostrare che la mediazione è il processo appropriato per risolvere i conflitti familiari che nascono dai rapporti che si instaurano tra la famiglia adottiva, la famiglia biologica e la persona adottata rafforzando il dialogo, la comunicazione, il consenso e la negoziazione tra le parti coinvolte nel conflitto.

**SUMARIO:** 1. Notas introductorias. - 2. Definición y características de los conflictos familiares. - 3. La configuración de la mediación en España. - 4. El papel de la mediación ante los retos de la adopción abierta. - 5. Conclusiones.

## 1. Notas introductorias

La familia es un conjunto de personas individualmente reconocidas e independientes y autónomas, pero que están unidas por determinados lazos, bien sanguíneos, bien adoptivos e incluso simplemente de convivencia y constituye uno de los núcleos de sostenimiento de la sociedad desde siempre, convirtiéndose el conjunto de relaciones, normas, reglas, límites, costumbres o comportamientos de ese grupo familiar en elemento esencial para el desarrollo de los menores, ya no solo por cubrir sus necesidades alimenticias, sino de seguridad, afecto, atención, cuidado, y también porque dependiendo del estilo educacional que emplee cada familia repercutirá tanto en los resultados académicos del menor, como a su socialización, control de impulsos, tolerancia a la frustración o autoestima<sup>1</sup>.

Tanto es así que nuestro ordenamiento jurídico contempla numerosas normas que se encargan de regular estos aspectos: desde el reconocimiento constitucional, artículo 39, de la protección social, económica y jurídica de la familia, debiendo los poderes públicos asegurar la protección integral de los hijos que serán iguales ante la ley con independencia de su filiación, así como la obligación de los

---

<sup>1</sup> Para más información sobre los estilos parentales véanse, entre otros, VILLAREJO, S., MARTÍNEZ ESCUDERO, J. A, GARCÍA, O. F, «Estilos parentales y su contribución al ajuste personal y social de los hijos», *Ansiedad y estrés*, 2020, pp. 1-8; RICHAUD DE MINZI, M. C., «Estilos parentales y estrategias de afrontamiento en niños», *Revista latinoamericana de psicología*, 2005, pp. 47-58.

progenitores de prestar asistencia a los hijos dentro y fuera del matrimonio, especialmente durante su minoría de edad, hasta la promulgación de sucesivas leyes de protección a los menores<sup>2</sup>, pasando por las distintas cuestiones reguladas en el Código civil<sup>3</sup>.

El presente artículo tiene por objeto la realización del planteamiento sobre los nuevos enfoques que pueden articularse de la mediación familiar en España debido a las grandes ventajas que se derivan de su desarrollo y utilización.

Téngase en cuenta que cuando se hace referencia al término «familia», se incluyen diversas tipologías de familia como monoparentales, reconstituidas, extendidas, matrimoniales o las no matrimoniales, biológicas o adoptivas y evidentemente, el ámbito familiar no es ajeno a controversias, puesto que de todos es conocido que existen numerosos desacuerdos o confrontaciones entre los miembros de las familias, ya que el conflicto es una condición innata al ser humano, tanto en su faceta como persona en sí misma considerada, como en sus relaciones con los demás.

Por ello, este capítulo comenzará dando unas pinceladas de la definición y características de los conflictos familiares, aunque no definiremos qué es el conflicto<sup>4</sup>, cuestión que excede del objeto y la extensión de este trabajo, a continuación procederemos a delimitar el concepto y características de la mediación para poder dar respuesta a la identificación de qué situaciones de tensión dentro de la familia pueden ser resueltas adecuadamente a través de la mediación con la finalidad de preservar sus lazos afectivos y nos centraremos en

---

<sup>2</sup> Por ejemplo, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil o la Ley Orgánica 4/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia.

<sup>3</sup> En el ámbito autonómico también encontramos normativa dirigida a la protección de los menores en numerosos ámbitos. Así, por ejemplo, en la Comunitat Valenciana, el art. 11 de la Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia enuncia como uno de los principios la prioridad de la permanencia del menor en el propio entorno familiar, libre de violencia y si esto no fuera posible establece la figura del acogimiento familiar con familias educadoras mientras se reestructura la familia de origen.

<sup>4</sup> Véase, entre otros, las diferentes definiciones de conflicto en REDORTA, J., *Cómo analizar los conflictos*, Paidós, Barcelona, 2004, pp.29-30.

sistematizar la diversa problemática derivada de la adopción abierta y cómo la mediación se convertirá en el proceso adecuado para su gestión y solución.

## 2. Definición y características de los conflictos familiares

La familia, aunque sea uno de los pilares de la sociedad, no está al margen de los conflictos, puesto que existe una interrelación de individuos donde no son estáticas, sino que se producen cambios, tanto personales, como económicos o laborales, que pueden generar conflictos dentro de la unidad familiar.

Además, cabe apuntar que las causas de los conflictos en sede de derecho de familia pueden ser diversas y según sean estas nos encontraremos con un tipo de conflicto distinto<sup>5</sup>.

Al respecto, y sin ánimo de ser exhaustivos, podemos señalar, con carácter meramente ejemplificativo, algunos tipos concretos de conflictos que pueden sobrevenir dentro del ámbito familiar y que han sido fruto de numerosa jurisprudencia (cuestiones derivadas de una separación o divorcio como temas de custodia, pensión de alimentos, atribución de la vivienda familiar o conflictos derivados del fallecimiento de un miembro de la familia), así como otros existentes que se producen por cambios en la situación familiar, aunque alejados de los Tribunales, como el nacimientos de hijos, traslado de domicilio, procesos de adopción, inicio de convivencia conjunta de familias reconstituidas, cuidado de personas mayores con medidas de apoyo, entre otros.

---

<sup>5</sup> Las causas de conflicto son infinitas, pero se pueden categorizar en tres niveles: conflictos sobre recursos, sobre necesidades psicológicas o que implican valores. Vid. ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R., «La dinámica del conflicto», en SOLETO, H. (Dir.), CARRETERO, E. Y RUIZ, C. (Coords.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 153.



Como se observa, la gran mayoría de estos conflictos son interpersonales, afectando, además de a la identidad de las personas, a la de la propia familia<sup>6</sup>.

Así mismo, se debe señalar que los conflictos familiares pueden derivar de conflictos psicológicos, comunicacionales, organizacionales, pero es innegable que tienen componentes emocionales y afectivos.

Por ese motivo, acudir a la vía judicial, manera habitual para resolver los conflictos<sup>7</sup>, no es un mecanismo idóneo en este supuesto, puesto que las partes pierden protagonismo y deben acatar lo que un tercero decida<sup>8</sup> y aunque el litigio finalice los conflictos permanecerán<sup>9</sup>.

En consecuencia, debemos abordar la posibilidad de ofrecer una justicia alternativa<sup>10</sup> a los problemas que surgen en el seno de las familias a través de la mediación.

Aunque todos los MASC se configuran como herramientas que favorecen el acceso a la justicia de todos los ciudadanos<sup>11</sup> y pueden resultar la alternativa óptima para la resolución de discrepancias en

---

<sup>6</sup> GARCÍA VILLALUENGA, L., *Mediación en conflictos familiares: una construcción desde el derecho de familia*, Reus, Madrid, 2006, p. 161.

<sup>7</sup> RODRÍGUEZ PRIETO, F., «La situación de la mediación en España y la necesidad de políticas activas para su difusión», en LAUROBA LACASA, M.E. Y ORTUÑO MUÑOZ, P. (Coords.), *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*, Huygens, Barcelona, 2014, pp. 389-395.

<sup>8</sup> BERNAL SAMPER, T., «Conflicto y mediación», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2008, p. 115.

<sup>9</sup> Al respecto se debe señalar que «el tiempo legal y el tiempo psicosocial son diferentes. Los procesos emocionales se inician con anterioridad a los trámites legales y finalizan posteriormente». Vid. BOLAÑOS CARTUJO, I., «Conflicto familiar y ruptura matrimonial. Aspectos psicolegales», en MARRERO GÓMEZ, J.L. (Coords.), *Psicología Jurídica de la familia*, Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1998, p. 57.

<sup>10</sup> BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos. Alternative dispute resolution (ADR) y derecho procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p.169, señala que: “Nada impide que el legislador prevea procedimientos eficaces para la tutela de los intereses legítimos: lo que el Estado debe evitar es que los mismos impliquen un obstáculo de acceso a la justicia ante los órganos jurisdiccionales del Estado”.

<sup>11</sup> Precisamente, en el deseo de buscar fuera de los órganos jurisdiccionales o en ellos, pero de forma complementaria la solución a los conflictos jurídicos se ubica el movimiento de los ADR. Vid. BARONA VILAR, S. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 38.

determinadas ocasiones, ya que con su utilización se podrán alcanzar soluciones ágiles y satisfactorias<sup>12</sup>, en el caso que nos ocupa, y por las propias características señaladas de los conflictos familiares, la mediación se configura como el instrumento idóneo, tal y como veremos a continuación.

### 3. La configuración de la mediación en España

La mediación es un medio para resolver un conflicto realizada por las partes con la ayuda de un tercero imparcial, el mediador, que no decide el conflicto, sino que se limita a aproximar a las partes pudiendo utilizar todas aquellas técnicas de negociación que considere oportunas<sup>13</sup>.

El mencionado procedimiento de mediación se caracteriza por su voluntariedad<sup>14</sup>, en sentido amplio, tanto en la fase previa, ya que es necesario que las partes manifiesten su deseo de someterse a ella y de ese modo poder comenzar la mediación<sup>15</sup>, como durante el desarrollo

---

<sup>12</sup> La Unión Europea ha ido desarrollando paulatinamente las herramientas necesarias para la utilización y desenvolvimiento de las diversas alternativas de solución extrajudicial de conflictos. Para más información sobre los citados instrumentos jurídicos véase AZCÁRRAGA MONZÓNIS, C.: «Impulso de la mediación en Europa y España y ejecución de acuerdos de mediación en la Unión Europea como documentos públicos con fuerza ejecutiva», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (REEI), 2013.

<sup>13</sup> Su función es facilitar el proceso de toma de decisiones de las partes. Vid. BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de conflictos. Una visión jurídica*, Reus, Barcelona, 2009, p. 347. No obstante, a diferencia de la mediación en otros ámbitos como la familiar, en la mediación de consumo algunos autores admiten la posibilidad de que el mediador pueda proponer soluciones. Vid. BLANCO CARRASCO, M., «La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro», *op.cit.*, pp. 145-146.

<sup>14</sup> El preámbulo de la Ley de mediación afirma que una de las características fundamentales de un Estado de Derecho es garantizar la tutela judicial efectiva de los ciudadanos. Por ello, es fundamental precisar que en ningún caso el optar por la mediación supone un menoscabo para los derechos fundamentales recogidos en el mencionado precepto constitucional, ya que siempre queda la posibilidad de acudir a la vía judicial.

<sup>15</sup> Véase el art. 19 LM, así como GINEBRA MOLINS, E., Y TARABAL BOSCH, J., «Mediación obligatoria e inducción a la mediación», En LAUROBA LACASA, M.E. Y ORTUÑO MUÑOZ, P. (Coords.), *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*, Huygens, Barcelona, 2014, pp. 227-235.

de la mediación, siendo las partes libres para continuar en ella una vez iniciada<sup>16</sup>, puesto que nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento ni a concluir un acuerdo<sup>17</sup>, sin olvidar que el acuerdo que pone fin a la controversia debe versar sobre materias de libre disposición de las partes<sup>18</sup>.

Como ya se ha apuntado anteriormente, la familia es una fuente constante de conflictos, en los que concurren problemas de toda índole, pero en la mayoría de las ocasiones tiene un fuerte componente personal.

Por ello, considero que, en todo caso, acudir a los órganos judiciales ante conflictos familiares es un fracaso, pues se trata de un proceso que, por su propia dinámica, suele intensificar el enfrentamiento entre las partes y, una vez obtengan la sentencia, no se van a sentir ganadoras, sino que van a seguir disconformes, lo que incrementará el conflicto<sup>19</sup>.

Por el contrario, la mediación se configura como alternativa útil y satisfactoria para resolver las disputas, ya no solo porque el tiempo para ello es mucho menor ni porque supone un coste inferior, sino porque en la mediación son las propias partes las que deciden el contenido del acuerdo, aunque exista un tercero que las guíe durante el proceso, siendo este procedimiento muy beneficioso cuando nos encontramos ante controversias en donde las personas involucradas deben continuar sus relaciones en el futuro, como, por ejemplo, en las relaciones familiares, sucesorias, de empresa familiar o vecinales<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> COBAS COBIELLA, M. E., «La mediación y la autonomía de la voluntad. Notas introductorias sobre la cuestión», en ORTEGA GIMÉNEZ, A. Y COBAS COBIELLA, M.E. (Coords.), *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario. Cuestiones de Actualidad*, Global Economist & Jurist, 2013, p. 91.

<sup>17</sup> Vid. párrafo tercero del artículo 3 LM.

<sup>18</sup> El párrafo primero de la LM señala que el acuerdo de mediación no puede ser contrario a una norma imperativa, puesto que lo convenido sería nulo, en virtud del artículo 6.3 CC y del artículo 25, párrafo segundo, LM.

<sup>19</sup> PRATS ALBENTOSA, L., «Desjudicialización (I). El proyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *La Ley*, 2011, pp. 1-2.

<sup>20</sup> Teniendo en cuenta, en todo caso, que aprender a manejar un conflicto tiende a fortalecer las relaciones, máxime en aquellos supuestos en que estas son duraderas, como sucede en materia de familia. BARONA VILAR, S. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España, op.cit.*, p. 39.

Además, porque la mediación restaura las relaciones, puesto que partes implicadas no se ven como adversarios, sino como colaboradores en la resolución del problema que les enfrenta.

De todos es conocido, que, en España, previamente a la legislación estatal<sup>21</sup>, fueron las Comunidades Autónomas las primeras en legislar sobre la materia<sup>22</sup>. No obstante, como se observa de la lectura de la citada normativa, la mayoría de ellas legislaron sobre mediación familiar, aunque existen ejemplos de Comunidades Autónomas que legislaron sobre mediación en sentido general<sup>23</sup>.

A continuación, a nivel nacional, y por primera vez, se hacía referencia a la necesidad de una propuesta de regulación de la mediación en España.

Concretamente, la Disposición final tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio señalaba que: «El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas».

---

<sup>21</sup> La inactividad o la infructífera actividad del legislador estatal no se corresponde con la progresiva actividad que ha venido desarrollando el legislador autonómico. GARCÍA VILLALUENGA, L. Y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo», *Política y Sociedad*, p.75.

<sup>22</sup> Como meros ejemplos y sin ser exhaustivos podríamos citar, entre otras, la ya derogada Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña que introducía en España la mediación como una institución legislada; Ley 4/2001, de 31 de mayo, Reguladora de la Mediación Familiar en Galicia; Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación en la Comunidad de Madrid; la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar del País Vasco.

<sup>23</sup> Una de las tendencias claramente apreciables en la regulación de la mediación por las Comunidades Autónomas, debido en buena medida al efecto de la Directiva 2008/52, es la relativa a la expansión de la mediación a todos los ámbitos. GARCÍA VILLALUENGA, L. Y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo», *op.cit.*, p.76. Concretamente, se pueden citar las siguientes normas: la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria, la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de la Comunidad Autónoma de Cataluña o la Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de mediación de la Comunitat Valenciana.

Además, la Ley ya introducía los principios básicos de la mediación, aunque parecía encaminada a la mediación familiar. Específicamente, apuntaba, en su Exposición de motivos, que: «Con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral».

En la actualidad es indiscutible la importancia de la mediación en el ámbito del Derecho privado en general, tras la promulgación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, LM) y, más todavía en el futuro si se aprueba el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia en donde el título I de la futura ley, salvo modificaciones en el texto definitivo, establece la «inserción en nuestro ordenamiento jurídico, al lado de la propia jurisdicción, de otros medios adecuados de solución de controversias, como medida que, más allá de la coyuntura de ralentización inicial y previsible incremento posterior de la litigiosidad como consecuencia de la pandemia y la declaración del estado de alarma» (punto II de la Exposición de motivos).

Sin olvidar, que la denominada mediación familiar no se debe reducir al ámbito de la separación y el divorcio, sino que se extiende a cualquier conflicto interno de la familia donde se pueda articular la autonomía de la voluntad, incluyendo los supuestos conflictuales ya mencionados en el apartado anterior<sup>24</sup>. Así, por ejemplo, junto con los conflictos entre los cónyuges, encontramos discrepancias dentro de las parejas de hecho, registradas o no, entre progenitores con sus hijos,

---

<sup>24</sup> Véase el concepto y ámbito de mediación familiar de las distintas normativas autonómicas, entre otras, el artículo 2 y 3 de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar de Canarias; el art. 3 de la Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León; el art. 3 de la Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar del principado de Asturias; el art. 1 de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía; el art. 4 de la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar de las Illes Balears o el art. 5 de la Ley 9/2011, de marzo, de mediación familiar de Aragón.

desavenencias que surjan entre los adoptados y sus familias biológicas o adoptivas y los derivados del acogimiento familiar e, incluso, aquellos otros que se deriven tanto del ejercicio de la patria potestad, la emancipación, el derecho de alimentos entre parientes o el desacuerdo entre el guardador de hecho y las personas sometidas a medidas de apoyo.

#### 4. El papel de la mediación ante los retos de la adopción abierta

El artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, introdujo en el ordenamiento jurídico español un nuevo modelo de adopción, la adopción abierta<sup>25</sup>, que supuso un cambio de prisma en la institución de la adopción, dejando al margen la tradicional adopción cerrada donde se perdía el vínculo por completo con la familia biológica, incluso se le ocultaba los datos de sus familiares<sup>26</sup>, al reconocimiento de su derecho a conocer sus orígenes<sup>27</sup> y a posibilitar el continuo contacto con su familia biológica<sup>28</sup>, especialmente con sus hermanos<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> Esta institución se introduce también a nivel autonómico. Por ejemplo, véase el artículo 150 de la Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia. Véase un análisis detallado del contenido del citado precepto en AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., «Comentario al Capítulo IX. Adopción del Título III», en MECO TÉBAR, F. (Coord.), *Comentarios a la Ley Valenciana de infancia y adolescencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp.1263-1272.

<sup>26</sup> SABATER BAYLE, E., «La adopción abierta», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, p. 82.

<sup>27</sup> Respecto a las distintas legislaciones autonómicas que regulan el derecho del adoptado a conocer sus propios orígenes, vid. SABATER BAYLE, E., «La adopción abierta», *op. cit.*, p. 69, nota 1 y para un exhaustivo estudio véase GARCÍA VILLALUENGA L., LINACERO DE LA FUENTE, M., *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el derecho comparado*, Ministerio de Trabajo e inmigración, Madrid, 2006.

<sup>28</sup> SERRANO MOLINA, A., «La adopción abierta. Medidas para fomentar su implantación», *Revista de Derecho UNED*, 2018, p. 290.

<sup>29</sup> AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., «La adopción nacional e internacional desde la perspectiva autonómica. El caso de la Comunidad Valenciana», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, p. 1046.

Concretamente, supuso la modificación del artículo 178 del Código civil que introduce un nuevo apartado cuarto posibilitando que el menor en adopción mantenga algún tipo de contacto con miembros de su familia biológica.

Concretamente, la citada modificación del precepto señala que «Cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndolo especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre hermanos biológicos»

Por tanto, en primer lugar, y antes de explicar brevemente la figura de la adopción abierta, quiero resaltar que el establecimiento de esta institución gira entorno al principio del interés superior del menor.

El interés superior del menor<sup>30</sup>, es un concepto jurídico indeterminado<sup>31</sup> que, aunque se ha desarrollado frecuentemente en el derecho de familia<sup>32</sup> y que tiene su fiel reflejo en el «favor filii» o en el «favor minoris», debe ser delimitado en relación a cada supuesto específico que se analiza<sup>33</sup>, es decir, en cada caso particular se debe

---

<sup>30</sup> Tras la reforma introducida en 2015 el interés superior del menor, inicialmente criterio interpretativo, se configura como un derecho. VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., «Sobre la estrenada reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Revista de derecho privado*, 2016, p. 45.

<sup>31</sup> No obstante, la promulgación de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que modifica la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil desarrolla legislativamente el alcance del interés superior del menor. Sobre este aspecto, véase, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., «El nuevo sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Actualidad jurídica iberoamericana*, Núm. 3, diciembre 2015, p. 196.

<sup>32</sup> De todos es conocido que el citado concepto se ha desarrollado jurisprudencialmente en el derecho de familia. Piénsese, por ejemplo, en la determinación de la custodia en una situación de crisis familiar o en la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad. Vid. Para, más información, entre otros, TAMAYO HAYA, S., «El interés del menor como criterio de atribución de la custodia», *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, 2008, p.54.

<sup>33</sup> En este sentido de precisar el concepto indeterminado acudiendo a las circunstancias concretas se pueden citar, entre otros, BERROCAL LANZAROT, A. I., «El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2014, p. 3290. Son evidentes los problemas que se derivan de la citada

determinar en qué consiste dicho interés independientemente del ámbito jurídico en el que nos encontremos<sup>34</sup> y, además, la concreción de dicho concepto debe interrelacionarse con el respeto a los derechos fundamentales del menor<sup>35</sup>, especialmente con la Convención sobre los Derechos del niño de 1989<sup>36</sup>.

Respecto al establecimiento de la adopción abierta, será el juez el que, al constituir la adopción, «podrá acordar esa forma de relación o comunicación, determinando su periodicidad, la duración y las condiciones a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal»<sup>37</sup>, siempre que así lo aconseje el interés superior del menor y considerando su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública correspondiente<sup>38</sup>.

Además, deberá consentir tanto la familia adoptiva como el adoptado, atendiendo a su madurez y siempre que fuera mayor de 12 años<sup>39</sup>. Es importante también tener en cuenta que el mencionado

---

indeterminación del concepto y su posterior concreción. Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 28-30.

<sup>34</sup> Así, por ejemplo, la STS núm. 26/2013, de 5 de febrero de 2013, del Tribunal Supremo aplicó, por primera vez, este principio al derecho patrimonial como medida de protección de los intereses de los menores en este ámbito.

<sup>35</sup> Véase LINACERO DE LA FUENTE, M.A., «La protección del menor en el Derecho civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/ 1996, de 15 de enero», *Actualidad Civil*, 1999, pp. 1585-1586.

<sup>36</sup> En su párrafo primero del artículo 3 señala: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

<sup>37</sup> Como se observa el ordenamiento jurídico español ha instaurado la adopción abierta a través de un sistema con mayores garantías al intervenir el órgano judicial. Vid. DIEZ RIAZA, S., «La aplicación de la adopción abierta en España. Una visión en cifras y algo más», *Revista de Derecho UNED*, 2018, p. 161.

<sup>38</sup> Al respecto, también deberán observarse aquellos criterios específicos contemplados en las normativas autonómicas. Así, por ejemplo, el párrafo segundo del artículo 150 de la Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia señala que «la Comisión de Adopción y Alternativas Familiares tendrá en cuenta, además de los criterios generales para su interpretación y ponderación, la relevancia afectiva que las relaciones a preservar tienen para ella, la seguridad emocional que le proporcionan y las consecuencias a largo plazo que su mantenimiento puede tener en el desarrollo de su identidad y en el proceso de vinculación e integración en la familia adoptiva».

<sup>39</sup> La adopción abierta es una institución que debe ser voluntariamente asumida por las partes implicadas, puesto que no puede ser constituida de manera obligatoria. Vid.



precepto añade que al menor de esa edad deberá ser oído, de acuerdo con su edad y madurez.

Así mismo será necesario que se contemple en la declaración de idoneidad la posibilidad de la adopción abierta para que el juez pueda acordar dicho régimen.

Por tanto, se requiere para la instauración de este nuevo modelo de adopción, no solo la concurrencia de las circunstancias idóneas para el menor que así lo aconsejen, sino la aceptación por la familia adoptiva, e incluso del propio adoptado si es mayor de 12 años<sup>40</sup>.

El juez, una vez observadas las anteriores condiciones, procederá al acuerdo de las distintas medidas que componen la institución y determinará los familiares biológicos con los que se desarrollarán. Al respecto, de la literalidad del precepto, se puede afirmar que el legislador deja al órgano jurisdiccional la facultad de elegir entre una amplia variedad de posibilidades, tanto acerca de las formas de relación (trato personal o comunicaciones no presenciales bien por teléfono o email, entre otros)<sup>41</sup>, como miembros de la familia biológica con quien mantener los vínculos, puesto que el precepto únicamente recuerda la conveniencia de que permanezcan las relaciones entre los hermanos<sup>42</sup>. Por lo que se deberá determinar de manera casuística por el órgano jurisdiccional dependiendo de las circunstancias concretas<sup>43</sup>.

No podemos olvidar, que las medidas acordadas por el juez deberán ser supervisadas por la Entidad Pública<sup>44</sup> que remitirá al Juez informes periódicos sobre el desarrollo de las visitas y comunicaciones, así como propuestas de mantenimiento o

---

SÁNCHEZ CANO, M.J, «Hacia la recuperación de la adopción simple en el derecho español», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, p. 655.

<sup>40</sup> AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., «La adopción nacional e internacional», *cit.*, p. 1047.

<sup>41</sup> AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., «Comentario al Capítulo IX. Adopción», *op. cit.*, pp.1268-1269.

<sup>42</sup> AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., «La adopción nacional e internacional», *op. cit.*, p. 1048.

<sup>43</sup> Vid. SÁNCHEZ CANO, M.J, «Hacia la recuperación de la adopción simple en el derecho español», *op. cit.*, p. 656.

<sup>44</sup> Al respecto, en la Comunidad Valenciana será la Generalitat la que debe hacer el seguimiento. Inclusive, se le permite intervenir para “propiciar el normal desarrollo de las relaciones”. Vid. AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., «La adopción nacional e internacional...», *cit.*, p. 1049.

modificación de las mismas durante los dos primeros años<sup>45</sup>. Posteriormente, ya será a solicitud del órgano jurisdiccional.

La adopción abierta, que, como se ha señalado, supone la posibilidad de establecer un régimen de visitas o de comunicaciones, podrá ser modificada e incluso extinguida por el Juez, en atención al interés superior del menor, estando también legitimados para solicitar la suspensión o supresión de dichas relaciones la Entidad Pública, la familia adoptiva, la familia de origen y el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años.

Se debe tener en cuenta que, aunque el nuevo modelo de adopción abierta presenta muchas ventajas, tanto para el adoptante, como para el adoptado y para la familia biológica, también puede suponer el nacimiento de nuevos conflictos o enfrentamientos entre las personas implicadas.

Respecto a los aspectos positivos que pueden mencionarse del establecimiento de la adopción abierta, por ejemplo, para los progenitores biológicos podría señalarse afrontar con mayor serenidad la fase de duelo por la pérdida del menor adoptado<sup>46</sup> y con ello la reducción del sentimiento de culpa por haber tomado la decisión de iniciar la adopción, así como la tranquilidad de saber las condiciones en las que se encuentra el menor.

Por su parte, pensando en las ventajas para la familia adoptiva podríamos señalar la minoración del temor de los progenitores adoptivos de las intenciones de la familia biológica y de poder afrontar con confianza las preguntas sobre la identidad del menor, así como obtener información adicional de posibles enfermedades genéticas que pudieran afectar en el futuro al menor y que les pueda inquietar.

---

<sup>45</sup> Como señala la Profesora Sabater "el establecimiento de la medida por acuerdo judicial se somete a numerosas exigencias legales". SABATER BAYLE, E., «La adopción abierta», *op. cit.*, p. 67.

<sup>46</sup> Véase, SABATER BAYLE, E., «La adopción abierta», *op. cit.*, p. 67; AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., «Comentario al Capítulo IX. Adopción », *op. cit.*, p.1265.

Y, por supuesto, en relación con el menor adoptado se reforzaría la autoestima<sup>47</sup>, puesto que le ayudaría a conocer su identidad<sup>48</sup> y la historia de su adopción<sup>49</sup>. Además, considero que, particularmente en el supuesto de menores adoptados de mayor edad, en los que hay una previa existencia de contactos con su familia de origen<sup>50</sup>, mejoraría la inserción en la familia adoptiva y su estabilidad familiar, puesto que se beneficiarían de mantener los vínculos con su familia biológica<sup>51</sup>.

Por lo que se refiere a los problemas que pueden derivarse de la instauración de la adopción abierta podrían señalarse, entre otros, las dificultades en crear una relación de filiación del menor con la familia adoptiva<sup>52</sup>, tensiones entre la familia adoptiva y la familia de origen derivada de la confusión de roles, «disparidad de criterios entre una familia y otra»<sup>53</sup> o el miedo de la familia adoptiva de «perder» a su hijo<sup>54</sup>.

Ello evidencia que el nuevo modelo de adopción abierta plantea unos retos a los que hacer frente por las partes implicadas, puesto que las nuevas situaciones creadas pueden experimentar un rechazo a la institución o incluso, una vez establecida esta convertirse en una situación traumática para las personas siendo objeto de bloqueo u obstaculización.

---

<sup>47</sup> SABATER BAYLE, E., «La adopción abierta», *op. cit.*, 83.

<sup>48</sup> ROSSER LIMIÑANA, A.; BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A., «Retos y dificultades de la adopción abierta en España. El papel de la mediación», *Mediaciones Sociales*, 2017, p. 177. <https://doi.org/10.5209/MESO.58115>

<sup>49</sup> Téngase en cuenta que debido a los antecedentes familiares el menor puede tener miedo de ser nuevamente abandonado.

<sup>50</sup> La Prof<sup>a</sup> Azcárraga señala "la llegada de la adopción abierta a nuestro ordenamiento proporciona una solución satisfactoria para determinados supuestos relacionados con niños cuya adopción resulta complicada por diversos motivos, principalmente su edad y la previa existencia de contactos con la familia de origen, sobre todo con hermanos con los que no conviven". Vid. AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., «Comentario al Capítulo IX. Adopción.», *cit.*, p.1271.

<sup>51</sup> Particularmente se debe señalar el mantenimiento de las relaciones entre los hermanos. AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., «Comentario al Capítulo IX. Adopción », *cit.*, p.1265.

<sup>52</sup> SABATER BAYLE, E., «La adopción abierta», *op. cit.*, p. 83 y 84.

<sup>53</sup> ROSSER LIMIÑANA, A.; BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A., «Retos y dificultades de la adopción abierta en España. El papel de la mediación», *op. cit.* p. 185.

<sup>54</sup> ROSSER LIMIÑANA, A.; BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A., *ibidem*.

Por tanto, es necesario acudir a procesos de ayuda a las partes para que estas aprendan a gestionar las desavenencias y abordar las situaciones desde el diálogo y la comunicación y pensando en la transformación de los conflictos como una oportunidad de fortalecer los vínculos entre las partes implicadas y mejorar el bienestar emocional de la familia.

En consecuencia, atendiendo a las características de la mediación, esta institución puede abordar los retos que presenta la adopción abierta<sup>55</sup>, jugando un papel esencial los profesionales de la mediación<sup>56</sup> que deberán configurar una mediación acorde con esta institución y sus dificultades<sup>57</sup>, ya no solo desde una perspectiva reparadora de las relaciones o rehabilitadora de la comunicación, sino desde la perspectiva preventiva, previa al nacimiento del conflicto, por ejemplo, elaborando protocolos como instrumentos voluntarios cuyo contenido de autorregulación es el que libremente acuerden las partes y en el que manifestarán todas las personas implicadas su compromiso de cumplir con las pautas de comportamiento y actuación allí acordadas, a imagen, por ejemplo, como sucede, en los protocolos de las empresas familiares e, incluso preadoptiva, puesto que se encaminaría a que las partes conocieran las posibilidades de esta institución, así como el tipo de relaciones que podrían crearse<sup>58</sup>.

Por último, otra cuestión a desarrollar, y que dejo planteada por exceder el aspecto concreto de este trabajo sobre la oportunidad de acudir a la mediación ante los retos que plantea la instauración de la

---

<sup>55</sup> Al respecto la Prof<sup>a</sup> García Villaluenga, hace ya unas décadas hacía referencia a la posibilidad de acudir a la mediación en el contexto de la adopción. Vid. GARCÍA VILLALUENGA, L., «La mediación familiar y los nuevos contextos de aplicación: encuentros en la adopción. La mediación como recurso de los trabajadores sociales», en SÁNCHEZ MAJADAS, G., ESCOBAR PÉREZ, C., ANDRÉS LÓPEZ, T. (Coords.), *Migraciones y redes sociales: III Congreso de estudiantes de Trabajo Social*, 2002, pp. 81-90.

<sup>56</sup> Por ejemplo, el Prof. Ledesma señala que el mediador ha de ser el primer filtro en los procesos de contacto entre el adoptado y la familia biológica. Vid. LEDESMA DEL BUSTO, J., «La mediación familiar en la búsqueda de orígenes», *Revista Digital Mundo Mediación*, 2013, p. 3.

<sup>57</sup> ROSSER LIMIÑANA, A.; BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A., «Retos y dificultades de la adopción abierta en España. El papel de la mediación», *op. cit.* p. 178.

<sup>58</sup> KATZ, J.M., «La mediación en la fase preadoptiva: Una amplia variedad de beneficios para todas las partes, considerando la adopción abierta», *Boletín SSI/CIR*, 2015, p. 8.

adopción abierta, sería la cuestión referente a la participación de los adoptados en el proceso de mediación, por ejemplo, tanto desde el punto de vista de ser escuchados, como de poder ser parte de los protocolos que se desarrollasen. Al respecto, y siempre pensando en el interés superior de los menores, se podría dejar apuntado, aunque requiriendo un análisis en profundidad, dependería de factores como la edad o la madurez.

## 5. Conclusiones

La familia es uno de los pilares esenciales de la sociedad, pero tiene que hacer frente a muchos problemas. Además, sus conflictos se complican porque en ellos intervienen, en la mayoría de las ocasiones, tensiones emocionales derivadas de las relaciones de parentesco y afectividad.

Si se acudiera a los tribunales, estos resolverían únicamente el asunto planteado, sin tener en cuenta el futuro de las partes ni lo que ocurrirá en su relación a partir de ese momento. Inclusive, acudir a los tribunales generaría más conflictos de los ya existentes, puesto que la dilatación en el tiempo para obtener una solución, que no agradaría a todos, aumentaría el mismo.

Además, como se ha pretendido reflejar, la adopción abierta, por sus especiales características y las distintas partes implicadas, aunque aportará numerosos beneficios tanto a la familia adoptiva, como a la biológica y especialmente, a la persona adoptada, conllevan, por desgracia, complejas situaciones conflictivas como, por ejemplo, miedo de pérdida, choque de roles, dudas en la propia identidad, en los que hay involucrados sentimientos y en las que se considera imprescindible recuperar el diálogo y la comunicación, así como reparar las relaciones entre las partes, en pro del bienestar del menor adoptado.

Por tanto, la articulación de la mediación, teniendo en cuenta sus principios y su esencia, en los conflictos derivados de la adopción abierta nos proporcionaría el espacio adecuado que nos ayudaría a transformar la relación, facilitando que las partes retomaran el diálogo y mejorando, por tanto, sus vínculos debilitados por el conflicto y que, finalmente, a través de su cooperación pudieran las

partes lograr ese ansiado acuerdo por ellas mismas que les satisficiera sus interese y , principalmente creando un marco de convivencia y de bienestar pacífico donde puedan todos los implicados desarrollarse adecuadamente y dotándoles de las herramientas necesarias para poder afrontar las diferencias en el futuro con mayor empatía, serenidad y confianza.

Consecuentemente, tras el reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico de nuevas realidades como la adopción abierta o la búsqueda de los orígenes biológicos de todos los adoptados, nos debemos plantear que la mediación familiar no debe circunscribirse al único supuesto de crisis familiares, separación y divorcio, ámbitos que dieron origen al desarrollo y evolución de la mediación en España, puesto que sus beneficios y ventajas son innumerables y abren numerosas puertas a otros ámbitos menos explorados del derecho de familia.

Por todo ello, considero que promover la mediación familiar en España, ya no solo desde un punto de vista legislativo con la aprobación de la Ley de eficiencia procesal, sino adoptando medidas de interiorización en la sociedad actual sobre los valores de la cultura de la paz y de fomento para su utilización, darían una respuesta satisfactoria a los problemas de los ciudadanos y una justicia adecuada ante los retos y dificultades que plantea la constitución de la adopción abierta.

## Bibliografía

ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R., «LA DINÁMICA DEL CONFLICTO», EN SOLETO, H. (DIR.), CARRETERO, E. Y RUIZ, C. (COORDS.), *MEDIACIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: TÉCNICAS Y ÁMBITOS*, TECNOS, MADRID, 2013, pp. 179-190.

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., «Comentario al Capítulo IX. Adopción del Título III», en MECO TÉBAR, F. (Coord.), *Comentarios a la Ley Valenciana de infancia y adolescencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp.1243-1326.

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., «La adopción nacional e internacional desde la perspectiva autonómica. El caso de la Comunidad Valenciana», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, pp. 1034-1069.

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C.: «Impulso de la mediación en Europa y España y ejecución de acuerdos de mediación en la Unión Europea como documentos públicos con fuerza ejecutiva», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, 2013, pp. 1-35.

BARONA VILAR, S. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos. Alternative dispute resolution (ADR) y derecho procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

BERNAL SAMPER, T., «Conflicto y mediación», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2008, pp. 111-122.

BERROCAL LANZAROT, A. I., «El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2014, pp. 3284-3314.

BLANCO CARRASCO, M., «La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro» *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 2009, pp. 129-152.

BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de conflictos. Una visión jurídica*, Reus, Barcelona, 2009.

BOLAÑOS CARTUJO, I., «Conflicto familiar y ruptura matrimonial. Aspectos psicolegales», en MARRERO GÓMEZ, J.L. (Coord), *Psicología Jurídica de la familia*, Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1998, pp. 43-76.

COBAS COBIELLA, M. E., «La mediación y la autonomía de la voluntad. Notas introductorias sobre la cuestión», en ORTEGA GIMÉNEZ, A. Y COBAS COBIELLA, M.E. (Coords.), *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario. Cuestiones de Actualidad*, Global Economist & Jurist, 2013, pp. 81-104.

DÍEZ RIAZA, S., «La aplicación de la adopción abierta en España. Una visión en cifras y algo más», *Revista de Derecho UNED*, 2018, pp. 159-182.

GARCÍA VILLALUENGA, L. Y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo», *Política y Sociedad*, pp.71-98.

GARCÍA VILLALUENGA, L., *Mediación en conflictos familiares: una construcción desde el derecho de familia*, Reus, Madrid, 2006.

GARCÍA VILLALUENGA, L., «La mediación familiar y los nuevos contextos de aplicación: encuentros en la adopción. La mediación como recurso de los trabajadores sociales», en SÁNCHEZ MAJADAS, G., ESCOBAR PÉREZ, C., ANDRÉS LÓPEZ, T. (Coords.), *Migraciones y redes sociales: III Congreso de estudiantes de Trabajo Social*, 2002, pp. 81-90.

GARCÍA VILLALUENGA L., LINACERO DE LA FUENTE, M., *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el derecho comparado*, Ministerio de Trabajo e inmigración, Madrid, 2006.

GINEBRA MOLINS, E., Y TARABAL BOSCH, J., «Mediación obligatoria e inducción a la mediación», En LAUROBA LACASA, M.E. Y ORTUÑO MUÑOZ, P. (Coords.), *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*, Huygens, Barcelona, 2014, pp. 227-235.

KATZ, J.M., «La mediación en la fase preadoptiva: Una amplia variedad de beneficios para todas las partes, considerando la adopción abierta», *Boletín SSI/CIR*, 2015, pp. 8-9.

LEDESMA DEL BUSTO, J., «La mediación familiar en la búsqueda de orígenes», *Revista Digital Mundo Mediación*, 2013, pp. 1-5.

LINACERO DE LA FUENTE, M.A., «La protección del menor en el Derecho civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/ 1996, de 15 de enero», *Actualidad Civil*, 1999, pp. 1573-1626.

PRATS ALBENTOSA, L., «Desjudicialización (I). El proyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *La Ley*, 2011.

REDORTA, J., *Cómo analizar los conflictos*, Paidós, Barcelona, 2004.

RICHAUD DE MINZI, M. C., «Estilos parentales y estrategias de afrontamiento en niños», *Revista latinoamericana de psicología*, 2005, pp. 47-58.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007.

RODRÍGUEZ PRIETO, F., «La situación de la mediación en España y la necesidad de políticas activas para su difusión», en LAUROBA LACASA, M.E. Y ORTUÑO MUÑOZ, P. (Coords.), *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*, Huygens, Barcelona, 2014, pp. 389-394.

ROSSER LIMIÑANA, A.; BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A., «Retos y dificultades de la adopción abierta en España. El papel de la mediación», *Mediaciones Sociales*, 2017, p. 175-191. <https://doi.org/10.5209/MESO.58115>

SABATER BAYLE, E., «La adopción abierta», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, pp. 66-93.



SÁNCHEZ CANO, M.J, «Hacia la recuperación de la adopción simple en el derecho español», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, pp. 642-675.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., «El nuevo sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2015, pp. 178-197.

SERRANO MOLINA, A., «La adopción abierta. Medidas para fomentar su implantación», *Revista de Derecho UNED* 2018, pp. 287-318

TAMAYO HAYA, S., «El interés del menor como criterio de atribución de la custodia», *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, 2008, pp. 35-79.

VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., «Sobre la estrenada reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Revista de derecho privado*, 2016, pp. 41-90.

VILLAREJO, S., MARTÍNEZ ESCUDERO, J. A, GARCIA, O. F, «Estilos parentales y su contribución al ajuste personal y social de los hijos», *Ansiedad y estrés*, 2020, pp. 1-8.



# Rapporti tra forma e sostanza nell'evoluzione dell'adozione in casi particolari

*Gregorio Pacini*

**ABSTRACT:** In un orizzonte tematico così complesso, in cui hanno assunto rilevanza i criteri di qualificazione e legittimazione della famiglia basati non su un dato strutturale o naturalistico, quanto piuttosto sull'esistenza di un effettivo rapporto incentrato sulla condivisione di affetti e esperienze, il contributo si pone l'obiettivo di analizzare l'evoluzione dell'adozione in casi particolari.

**RESUMEN:** En un horizonte temático tan complejo, en el que los criterios de calificación y legitimación de la familia no se basan en un dato estructural o naturalista, sino en la existencia de una relación efectiva centrada en el reparto de afectos, el estudio pretende analizar la evolución de la adopción en casos particulares.

**SOMMARIO:** 1. Adozione in casi particolari: ambito di applicazione nel diritto vivente – 2. Analogie tra adottato in casi particolari e figlio nato fuori dal matrimonio – 3. Le vie ermeneutiche nel segno dell'evoluzione dell'adozione in casi particolari – 4. Riflessioni conclusive nella prospettiva dicotomica tra forma e sostanza.

## **1. Adozione in casi particolari: ambito di applicazione nel diritto vivente**

L'adozione in casi particolari, negli ultimi anni, è stata oggetto di numerosi arresti giurisprudenziali, tali da alimentare un vivace dibattito in sede dottrinale in ordine alla sua funzione, utilità,

adeguatezza e al suo corretto ambito di applicazione. Oltre che in sede giurisprudenziale, un intervento anteriore e sovente di necessario richiamo, che ha modificato la disciplina dell'istituto in esame, ha natura legislativa: l'art. 25 della l. 28 marzo 2001 n. 149 ha aggiunto una lettera all'articolo 44 della l. 4 maggio 1983, n.184. Pertanto, la iniziale lettera *c* dell'articolo soprarichiamato è divenuta l'attuale lettera *d*. Quest'ultima, riguardante l'ipotesi della *constatata impossibilità di affidamento preadottivo*, rappresenta la pietra miliare, nonché il caposaldo della seconda "Rivoluzione copernicana"<sup>1</sup>. Basti por mente alle esigenze, prive di tutela sotto il profilo giuridico, che suddetto istituto è riuscito ad assolvere e garantire, alla stregua di un'interpretazione estensiva del concetto di impossibilità, volta ad includere non solo l'impossibilità di fatto ma anche, e soprattutto, quella di diritto. Giocoforza, le fattispecie destinate a rientrare nell'ambito di applicazione di tale istituto sono numerose: adozione da parte del convivente del genitore, dell'unito civilmente o del coniuge dello stesso sesso; adozione del minore allorquando il ricorso all'adozione legittimante finirebbe per rompere un rapporto ormai consolidato, vissuto positivamente dal minore; adozione del minore qualora non risulti opportuno interrompere i rapporti con la famiglia di origine, nonostante alcune carenze (c.d. semiabbandono) non così gravi da giustificare una pronuncia di adozione legittimante; adozione del minore non orfano di parenti entro il quarto grado; adozione del minore nato da procreazione medicalmente assistita all'estero, tale da garantire un riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore intenzionale<sup>2</sup>.

Risultano chiare ed evidenti, pertanto, le ragioni per cui in sede dottrinale l'istituto in esame è stato raffigurato quale valvola di

---

<sup>1</sup> In ordine alla prima Rivoluzione Copernicana nel mondo delle adozioni si veda CAMPOBELLO, F., *La rivoluzione copernicana dell'adozione, l'impegno di Bianca Guidetti Serra per la tutela dei minori abbandonati*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 12; In ordine alla seconda Rivoluzione Copernicana si veda RIZZUTI, M., *Adozione aperta e rapporti successori*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, p. 9. Cfr. anche PACINI, G., «L'estensione dei legami di parentela tra adottato in casi particolari e parenti dell'adottante, alla luce della decisione della Corte Costituzionale», *Giustiziaviabile.com*.

<sup>2</sup> In merito a tale fattispecie è recentemente intervenuta, alla stregua di un acceso e lungo dibattito in sede dottrinale e giurisprudenziale, la Cassazione a Sezioni Unite con sentenza n. 38162/2022, la quale ha statuito l'idoneità dell'istituto dell'adozione in casi particolari in ordine al problema del riconoscimento del rapporto di filiazione tra minore nato da p.m.a. eterologa all'estero e genitore intenzionale.

apertura ad essenziali esigenze e clausola in grado di garantire la compatibilità tra il nostro ordinamento giuridico ed i vincoli sovranazionali<sup>3</sup>. Al contempo, si profila solare la coerenza tra le caratteristiche di natura giuridica dell'adozione in casi particolari e un principio, a mio avviso, di storico rilievo, cristallizzato dalla Corte Costituzionale, con la sentenza n. 79 del 28 marzo 2022: *“l'identità del minore è connaturata dalla doppia appartenenza alla famiglia di origine e alla famiglia adottiva e il mancato riconoscimento dei legami derivanti dal vincolo adottivo equivale a disconoscere tale identità”*. Quest'ultima affermazione si profila quale il corollario di un paradigma, frutto di un'evoluzione sociale e quindi giuridica: il minore non piú considerato oggetto di decisioni ma soggetto da rispettare nella sua dignità; la famiglia non piú considerata titolare di un interesse superiore a quello dei singoli componenti<sup>4</sup>. A ben vedere, queste prime riflessioni ci consentono di constatare l'inseparabile legame che sussiste e deve sussistere tra fatto e diritto, di modo che l'enorme virulenza del primo abbia la vigoria di condizionare e plasmare il secondo<sup>5</sup>. Il rapporto tra *societas* e *ius* deve essere letto nel senso di un necessario bisogno del recupero della giuridicità dei rapporti fattuali, tale da guidare e svincolare l'interprete dai sentieri intessuti di un rigido e, pertanto, irragionevole *formalismo*.

Alle note premesse con le quali è stata delineata la posizione di essenzialità ordinamentale e la centralità assiologica dell'istituto in esame nel sistema, in ossequio alla sua capacità di preservare i rapporti familiari originari, aggiungendone di nuovi, non possono mancare delle riflessioni in ordine alla sentenza della Corte Costituzionale sopra richiamata. Orbene, con tale intervento, come è noto, la Consulta realizza una svolta epocale nel mondo delle adozioni: l'estensione dei rapporti di parentela tra l'adottato in casi particolari e i parenti dell'adottante.

---

<sup>3</sup> Così RIZZUTI, M., *op. cit.*, p. 15.

<sup>4</sup> Così PANE, R. (a cura di), *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, p. 244.

<sup>5</sup> L'espressione è in memoria di GROSSI, P., «La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico», *Quad. fiorentini*, 2003, p. 34.

## 2. Analogie tra adottato in casi particolari e figlio nato fuori dal matrimonio

La rivendicazione di tutela di tale interesse ricorda, per certi tratti, l'evoluzione giuridica che ha caratterizzato la disciplina relativa al figlio nato fuori dal matrimonio<sup>6</sup>. In entrambe le occasioni, la suddetta protezione origina da un intervento della Corte Costituzionale, sebbene<sup>7</sup>, in ordine allo *status* di figlio nato fuori dal matrimonio, solo

---

<sup>6</sup> In ordine al profilo della rappresentazione, in sede dottrinale erano già state rilevate delle analogie. Sul punto si veda RIZZUTI, M., *op. cit.*, p. 132.

<sup>7</sup> Cfr. AA.VV., *La comunità familiare tra autonomia e riforme, trasformazione della famiglia e successioni mortis causa*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2019, p. 143: "Errato sarebbe, però, sulla base di questa sentenza (il riferimento è alla sentenza della Corte cost. 14 aprile 1969, n. 79) di valutare un'apertura convinta della Corte costituzionale ai figli naturali, in quanto figli, perché a leggere attentamente la motivazione, la declaratoria di incostituzionalità finisce con l'essere un'importante affermazione di disparità. La quale stride, oggi, ancor di più con il senso di legalità costituzionale, se soltanto si pensi che quella sentenza è stata assunta, ponendo a suo fondamento, non soltanto l'art. 30 Cost., ma anche l'art. 3 Cost. L'attenzione del giudice delle leggi è ferma sull'art. 467 c.c. mentre l'incostituzionalità dell'art. 577 c.c. e dell'art. 468 c.c. sono, soltanto una conseguenza dell'incostituzionalità del primo. Il ragionamento del giudice, muovendo dal presupposto che la costituzione non ha, affatto, assimilato figli naturali e figli legittimi, "che anzi l'ampiezza dei diritti dei primi nei confronti dei secondi dev'essere determinata, in ossequio alla preminenza di questi ultimi e sia pure con criteri di razionalità, dal potere discrezionale del legislatore ordinario, giunge alla conclusione che l'assimilazione è innegabile (solo) là dove manchi una famiglia legittima. Poiché, però, la famiglia legittima comprende coniugi e figli, ma non anche collaterali o ascendenti, essendo questo il nuovo modello familiare assunto a paradigma del legislatore, allora è possibile dire che i figli naturali, se non vi siano i figli legittimi, possono essere direttamente tutelati. La tutela del figlio naturale si apre soltanto se il genitore naturale non ha coniuge o figli legittimi". L'autore prosegue affermando che non diverse nello stile e nei contenuti sono tre decisioni successive, le quali pur sostanzialmente migliorando la posizione successoria del figlio naturale, finiscono per affermare con decisione la sua differenza rispetto al figlio legittimo. Nello specifico: Corte cost. 28 dicembre 1970, n. 205, in *Giust. civ.*, 1971, III, 81, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 593, comma 2 c.c.; dell'art. 593, comma 4 c.c., nella parte concernente l'applicabilità delle disposizioni contenute nei commi primo e secondo ai figli non riconosciuti, dei quali sarebbe ammissibile il riconoscimento a norma degli artt. 251 e 252, comma 3 c.c.; dell'art. 592 c.c.; dell'art. 599 c.c., nella parte in cui si riferisce agli anzidetti artt. 592 e 593 c.c. Con questa sentenza, cade l'incapacità dei figli naturali di ricevere per testamento, oltre una certa misura. Incapacità che appariva, già, davvero assai paradossale, se solo si pensa, come non manca di rilevare la stessa Corte, non tanto alla posizione dei figli legittimi, per i quali non v'era alcuna limitazione, bensì alla posizione degli estranei alla famiglia

con la l. 10 dicembre 2012, n. 219<sup>8</sup> si assiste alla realizzazione di una effettiva parità di trattamento e applicazione del principio dell'unicità dello status dei figli<sup>9</sup>. In realtà, stante la sentenza della Consulta e in

---

legittima, a favore dei quali il de cuius avrebbe potuto, sempre, in assenza di altri legittimari, liberalmente disporre; Corte cost., 30 aprile 1973, n. 50, in *Giur. it.*, 1973, I, 1223, dichiara l'incostituzionalità dell'art. 539 c.c., limitatamente alla parte in cui, a favore dei figli naturali, quando la filiazione è riconosciuta o dichiarata, è riservato, in mancanza di figli legittimi e di coniuge, soltanto un terzo del patrimonio del genitore, se questi lascia un solo figlio naturale, o la metà, se i figli naturali sono più, e non, come per i figli legittimi, la metà del patrimonio del genitore, se questi lascia un figlio solo, o i due terzi, se i figli sono più e, sempre, per logica necessità di coordinamento, l'incostituzionalità dell'art. 545 c.c. e dell'art. 546 c.c. e, conseguentemente, dell'art. 538 c.c., dell'art. 539 c.c. e dell'art. 540 c.c., nelle parti in cui fanno richiamo ai predetti art. 545 e art. 546.; Corte cost. 27 marzo 1974, n. 82, in *Leggi d'Italia*, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 575 c.c., limitatamente alla parte in cui, in mancanza di figli legittimi e del coniuge del genitore, ammette un concorso tra i figli naturali riconosciuti o dichiarati e gli ascendenti del genitore e, in necessaria e logica conseguenza, la illegittimità costituzionale dell'art. 435 c.c., nella parte in cui non prevede l'obbligo per i figli naturali riconosciuti o dichiarati di prestare gli alimenti agli ascendenti legittimi del proprio genitore. Ancora una volta, e molto più di quanto non sia accaduto nella precedente sentenza, si migliora la posizione giuridica successoria del figlio naturale, ma si è assai lungi dall'equiparare la di lui posizione giuridica a quella dei figli legittimi.

<sup>8</sup> Sul punto si veda PASSAGNOLI, G., «I profili successori della riforma della filiazione», *Persona e mercato*, 2014, p. 115.

<sup>9</sup> Sul punto si veda MENDOLA, A., *Le mobili frontiere della filiazione*, Pacini Giuridica, Pisa, p. 85 la quale rileva che “con l'entrata in vigore della riforma del 2012, si è operata una inevitabile rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 74 c.c., in armonia con gli artt. 3 e 30 Cost., tale per cui la parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo. La stretta connessione dei due piani, familiare e successorio, lascia intravedere che la novella del 2012 abbia preso le mosse dalla riforma del '75 laddove dispone l'adeguamento della disciplina delle successioni al principio di unicità dello stato di figlio. Ebbene, rispetto allo statuto successorio del nato, ad emergere è l'assenza di modifiche alla composizione della categoria dei discendenti, alla loro collocazione in concorso con altri successibili, così come alle quote loro riservate. La l. n. 219 del 2012 ha, infatti, direttamente attuato l'inserimento del figlio non matrimoniale nel gruppo familiare del genitore, per il maturare del vincolo parentale, così introducendo rilevanti conseguenze sul piano ereditario, senza la necessità di intervenire sulle regole successorie”. Inoltre rappresentano un monito le parole di CRISTIANI, F., *La parentela, chiaroscuri di un vincolo al passo con i tempi*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 36, in quanto l'autrice analizza le specifiche conseguenze derivanti dal rapporto di parentela, in primis sotto il profilo successorio: “La legge 2012 n. 219, nel sancire l'unicità dello status di figlio senza aggettivi, ha definitivamente e incontestabilmente unificato anche la natura dei vincoli di parentela. Con riferimento alla individuazione dei successibili,

ordine allo status attuale dell'adottato in casi particolari, anche in questa circostanza si profila, indirettamente, una non effettiva parità di trattamento *in senso lato*. Basti por mente al fatto che l'estensione dei legami di parentela in esame non coinvolge anche i discendenti dell'adottato e l'adottante<sup>10</sup>. Pertanto, la speranza è che non occorra una legge, a fronte dell'inerzia che contraddistingue il legislatore, come in occasione dei figli nati fuori dal matrimonio, a garantire la parità sopracitata, bensì un'operazione ermeneutica, il cui metodo, in vista di finalità differenti dalla suddetta ma alla stessa riconducibile, sarà sondato e delineato dal contributo in esame. L'analogia si ravvisa alla luce dell'assenza per il figlio naturale e per l'adottato in casi particolari, prima dei relativi interventi di tutela, dei diritti di successione con il resto della famiglia del proprio genitore. In particolare, in ordine al rapporto di fratellanza, merita menzione la sentenza della Corte cost. 1979 n. 55, con la quale viene dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 565 c.c. *nella parte in cui esclude dalla categoria dei chiamati alla successione legittima, in mancanza di altri successibili, e prima dello Stato, i fratelli e le sorelle naturali riconosciuti o dichiarati, venendosi conseguentemente a stabilire per essi un trattamento deteriore rispetto a tutti gli altri successibili ex lege*. Pertanto, per effetto della l. n. 219 del 2012 e del d.lg. 28 dicembre 2013, n. 154, l'art. 258 c.c.<sup>11</sup> si prevede che, all'eventuale decesso del figlio nato in costanza di

---

la piena equiparazione della parentela naturale a quella legittima sancita dalla novella legislativa, se non ne ha alterato l'ordine, né introdotto nuove categorie, ha tuttavia inciso in maniera rilevante e sostanziale, ampliando il numero dei soggetti potenzialmente chiamati a succedere ed eventualmente suscettibili di essere titolari di quote di riserva. La nuova formulazione dell'art. 74 c.c., in vigore dal primo gennaio 2013, infatti, comporta l'effetto immediato, nell'individuazione dei successibili *ex lege*, di parificare integralmente agli ascendenti legittimi quelli naturali, ai fratelli e sorelle legittimi quelli naturali, ai parenti legittimi, in linea retta e in linea collaterale, i parenti naturali alla stessa maniera. I cambiamenti che ne conseguono, con l'ampliamento del novero dei chiamati *ex lege*, risultano ben più rilevanti delle conseguenze che la modifica della norma produce in relazione alla successione necessaria. In particolare, ne deriva l'inclusione degli ascendenti naturali tra i legittimari *ex art.* 536 e di grande importanza risulta l'individuazione del momento dal quale far decorrere tali effetti. Il legislatore delegato, con l'art. 104 d.lg. n. 154 del 2013, ha previsto la retroattività, facendo salvi solo gli effetti del giudicato formatosi anteriormente all'entrata in vigore della legge del 2012".

<sup>10</sup> Tale necessità era già stata rilevata e sostenuta da BARBA, V., «Variazioni critiche sull'art. 300 c.c.», *Famiglia, Persone e Successioni*, 2008, pp. 487-497.

<sup>11</sup> Si veda il primo comma dell'art. 258 c.c. ante riforma della filiazione, il quale recitava: "Il riconoscimento non produce effetti che riguardo al genitore da cui fu



matrimonio, siano successibili sia il fratello e la sorella unilaterali che il fratello e la sorella germani, stanti le differenze in termini quantitativi delle quote loro spettanti ai sensi dell'art. 570, comma 2 c.c. Inoltre, sempre in termini di analogia, è stata definitivamente stabilita l'operatività della rappresentazione a favore del (rappresentante) discendente, nato fuori dal matrimonio, di un fratello, rappresentato, premorto al *de cuius*<sup>12</sup>. Per quanto concerne la prospettiva dell'adottato in casi particolari, alla stregua dell'intervento della Corte Costituzionale sopra richiamato, in virtù dell'estensione dei rapporti con i parenti dell'adottante, lo stesso diventa un successibile in caso di decesso di un discendente dello stesso adottante e può succedere per rappresentazione all'ascendente di quest'ultimo<sup>13</sup>.

---

fatto salvo i casi previsti dalla legge". L'attuale comma 1 dell'art. 258 c.c. recita: "Il riconoscimento produce effetti riguardo al genitore da cui fu fatto e riguardo ai parenti di esso".

- <sup>12</sup> Sul punto si veda RIZZUTI, M., *op. cit.*, p. 132, il quale rileva che "l'allargamento della rappresentazione in favore dei figli naturali, questo sì costituzionalmente necessario, si era già determinato da tempo, per effetto anzitutto di Corte cost., 14 aprile 1969 n. 79, in *Foro it.*, 1969, I, c. 1033, che aveva dichiarato incostituzionali sia l'art. 577 c.c., in base al quale al figlio naturale rispetto alla successione dell'ascendente del genitore spettava non la rappresentazione ma solo un diritto più limitato nei presupposti, sia gli artt. 467 e 468 c.c., in parte qua escludevano dalla rappresentazione i discendenti naturali del rappresentato anche in assenza di discendenti legittimi di quest'ultimo, cui avrebbe fatto séguito lí a poco la riforma del 1975, per sancire il pieno riconoscimento della possibilità per i discendenti naturali di succedere per rappresentazione, anche a prescindere dalla sussistenza o meno di quelli legittimi."
- <sup>13</sup> In sede dottrinale il diritto dell'adottato in casi particolari di succedere per rappresentazione all'ascendente dell'adottante era già stato rilevato ante intervento della Corte cost. n. 79/2022. Sul punto si veda RIZZUTI, M., *op. cit.*, p. 130; cfr. LAGHI, P., *La rappresentazione, profili applicativi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, p. 392, ove si afferma che è vero che non vi sia un nesso di parentela tra *de cuius* ed adottato-rappresentante, ma è altrettanto vero che l'inserimento di quest'ultimo nella stirpe dell'adottante-rappresentato, sia in grado di stabilire una deroga al disposto di cui all'art. 300, comma 2, c.c. laddove esclude l'instaurazione di ogni rapporto civile tra adottato e congiunti dell'adottante. Deroga la cui ragione di opportunità sarebbe tanto maggiore allorquando nella singola vicenda successoria, all'asserita inoperatività della rappresentazione, dovrebbe far luogo la successione dello Stato per non avere l'adottante (premorto o indegno) altri successori legittimi, circostanza quest'ultima che frustrerebbe nella sostanza la stessa finalità dell'adozione. TERENGI, C., *Rappresentazione e adozione, Fam. pers. succ.*, 2006, p. 246, evidenzia come "la negazione di un diritto di rappresentazione per entrambe le forme di adozione non legittimante, nonostante la fondatezza delle considerazioni svolte dalla dottrina prevalente, suscita numerosi dubbi: essa consentirebbe, infatti, in assenza di altri parenti, la successione dello Stato nel patrimonio del *de cuius* come

### 3. Le vie ermeneutiche nel segno dell'evoluzione dell'adozione in casi particolari

Orbene, le constatate analogie<sup>14</sup>, con particolare riferimento alle conseguenze giuridiche destinate ad applicarsi nell'ambito della fratellanza alla stregua degli interventi richiamati, ai fini dello sviluppo della trattazione, non sono affatto casuali, in quanto l'iter che coinvolge e riguarda la rivendicazione di tutela dell'adottato in casi particolari origina proprio da una vicenda di fratellanza adottiva.

Inoltre, solo attraverso l'analisi di tale iter, caratterizzato da alcuni arresti giurisprudenziali antecedenti all'intervento della Consulta, è possibile comprendere davvero i risultati che detto intervento realizza e, soprattutto, la corretta via ermeneutica perseguita.

Un ruolo rilevante, ai fini dell'evoluzione dell'adozione in casi particolari, è stato assolto dal Tribunale dei minori di Bologna. In particolare, due sono i provvedimenti che necessitano di essere richiamati ai fini della comprensione di suddetta evoluzione: la sent. 3

---

evidente sacrificio dell'adottato".

<sup>14</sup> A conferma di dette analogie si veda CINQUE, M., «Adozione in casi particolari: parentela tra "fratelli acquisiti"?, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 81, ove rileva che "L'evoluzione sociale e giuridica degli ultimi decenni ha reso più consapevoli della circostanza che, in un certo senso, si è realmente figli solo se si è al contempo fratelli, nipoti... ossia se il rapporto con il genitore si estende anche ai suoi legami parentali, alla sua famiglia. Nel 2012 è stato sollevato il velo e ogni insensibile ipocrisia in questo senso è venuta meno per i figli nati fuori dal matrimonio; mentre per gli adottati in casi particolari si rivela cruciale l'accoglibilità o meno della tesi – sposata anche da questa pronuncia – per la quale la riforma della filiazione avrebbe rimosso anche per loro gli ostacoli alla nascita di vincoli di parentela".

luglio 2020, n. 70<sup>15</sup> e l'ord, n. 143 del 2021<sup>16</sup>. Orbene, dall'analisi dei rispettivi provvedimenti giudiziari è possibile osservare le differenti vie ermeneutiche<sup>17</sup>, le quali avevano determinato una spaccatura in sede dottrinale, apparentemente insormontabile. Il primo provvedimento soprarichiamato aderisce alla tesi<sup>18</sup> dell'abrogazione

---

<sup>15</sup> Ai fini della ricostruzione fattuale si veda CINQUE, M., *op. cit.*, p. 78, la quale espone il fatto e le richieste delle parti: "Due donne A e B, dopo una convivenza decennale, decidevano di avviare un progetto genitoriale comune e si rivolgevano a una clinica specializzata in medicina riproduttiva. Nel 2010 A si sottoponeva a fecondazione *in vitro*, da cui poi nasceva una bambina, C. Dopo quattro anni, era B a sottoporsi a procreazione medicalmente assistita, che avrebbe portato alla nascita dei gemelli D ed E. Le due donne e i tre minori formavano così una famiglia di fatto, in cui i ruoli genitoriali risultavano fungibili, sia nei confronti dei bambini (che le chiamavano indifferentemente "mamma"), che rispetto ai rapporti esterni (scolastici, sanitari, ecc.). Con riguardo ai propri figliastri, A e B per il nostro ordinamento erano solo genitori sociali, con il limitato riconoscimento di diritti che questo "status" comporta secondo le più recenti posizioni giurisprudenziali. Allora, per formalizzare e rendere pieno il loro legame giuridico con tutti e tre i bambini, le co-mamme proponevano domande incrociate al Tribunale per i minorenni di Bologna, chiedendo: *i*) di dichiarare l'adozione in casi particolari ex art. 44, lett. *d*) l. ad., rispetto al/ai figlio/i sociale/i; *ii*) di *constituire (sic)* il legame di parentela tra i fratelli acquisiti, in considerazione del novellato art. 74 cod. civ.; *iii*) solo per la bambina, di apporre il cognome dell'adottante, posponendolo, anziché antepoendolo, a quello presente".

<sup>16</sup> La vicenda riguarda una coppia omogenitoriale maschile, unita civilmente. Alla stregua del secondo procedimento di p.m.a. effettuato all'estero dalla coppia, il partner del genitore biologico si rivolgeva al Tribunale dei minori Bologna, con richiesta, in primo luogo, di adozione in casi particolari della minore, nata da p.m.a., ex art. 44, lett. *d*) l. ad. e, in secondo luogo, di dichiarazione del legame di parentela pieno tra quest'ultima e i parenti del ricorrente.

<sup>17</sup> Tali ricostruzioni interpretative risultano sostenute entrambe da autorevole dottrina. Sul punto si veda SESTA, M., «Le nuove regole di attribuzione del doppio cognome tra eguaglianza dei genitori e tutela dell'identità del figlio», *Fam. dir.*, 2022, p. 877.

<sup>18</sup> Cfr. PROSPERI, F., «Unicità dello "status filiations" e rilevanza della famiglia non fondata sul matrimonio», in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, p. 278, ove ritiene che "Rinvio che appare incompatibile con la nuova definizione dei vincoli di parentela e, dunque, da ritenere tacitamente abrogato, con conseguente assimilazione degli effetti dell'adozione dei minori priva di qualunque motivazione razionale. Essa, inoltre, ha anche il merito di rendere meno stringente la preclusione all'adozione da parte di persone singole che caratterizza la nostra legge sull'adozione rispetto a quelle vigenti nella gran parte dei Paesi europei, essendo consentita l'adozione del minore in casi particolari, che, per quanto detto, ha ormai effetti legittimanti, anche alle persone non coniugate (art. 44, comma 3)". Cfr. FERRANDO, G., «L'adozione in casi particolari alla luce della più recente giurisprudenza», *Dir. succ. fam.*, p. 83, nota n. 15, ove afferma che "È peraltro ragionevole pensare che il nuovo art. 74 c.c. abbia modificato la previgente disciplina contemplando rapporti di parentela in ogni caso

tacita della l. n. 219 del 2012 all'articolo 55 l. ad., come richiamato dall'art. 300, comma 2, c.c. In ottica di necessaria chiarezza, con tale intervento si realizza una tutela di rilievo giuridico primario: per la prima volta si assiste ad un riconoscimento di un legame di parentela, nascente da adozione in casi particolari, ulteriore rispetto a quello genitoriale. Tuttavia, ai nostri fini, l'attenzione deve focalizzarsi in merito alla scelta interpretativa intrapresa in tale occasione, la quale non ci appare condivisibile<sup>19</sup>. A ben vedere, le argomentazioni volte a

---

di adozione di minori, anche se in casi particolari, ed escludendoli solo per l'adozione dei maggiorenni; V. anche MOROZZO DELLA ROCCA, P., «Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari», *Fam. dir.*, 2013, pp. 898 ss. Cfr. LENTI L., «La sedicente riforma della filiazione», *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, pp. 202, 203, ove ritiene che il nuovo art. 74 c.c., oltre ad aver cancellato le differenze tra parentela legittima e naturale, abbia inserito a pieno titolo nella rete della parentela dei suoi genitori anche il figlio adottato da minorenni con l'adozione in casi particolari. L'autore prosegue affermando: "Mi sembra una conseguenza logica inevitabile della declamata unificazione dello stato di figlio: se la qualifica di figlio legittimo è cancellata e sostituita con quella di figlio, non si vede proprio come il figlio adottato nei casi di cui all'art. 44 l. n. 184 (adozione in casi particolari) possa restare escluso dalla rete parentale dell'adottante, solo perché la legge non gli attribuisce espressamente la qualifica di figlio legittimo. Sul piano pratico la principale conseguenza effettiva della novità è il legame di parentela tra fratelli e sorelle adottati ex art. 44. Ma vi è anche una conseguenza sul piano dei principi generali: questo adottato è componente a pieno titolo di due famiglie; ovvero proprio ciò che a gran voce è spesso indicato come inconcepibile, soprattutto nelle discussioni sull'adozione cosiddetta *mite*". Cfr. DI MASI, M., «Giudici, famiglie e interesse del/la minore: alcuni recenti orientamenti», *Riv. crit. dir. priv.*, 2020, pp. 597, 598. L'autore afferma che la decisione del Tribunale di Bologna abbia offerto una lettura teleologica e costituzionalmente orientata interessante e innovativa rispetto all'orientamento meno coraggioso della Cassazione. Nel motivare le ragioni per cui sia corretto ritenere valida l'estensione del rapporto di parentela tra adottato e parenti dell'adottante, l'autore ripercorre un'argomentazione utilizzata dal Tribunale di Bologna: "l'art. 44 l. adoz., in particolare la lett. d), si presta ad accogliere e tutelare una casistica multiforme ove, talvolta, potrebbe risultare impossibile (per il minore abbandonato e per il minore nato all'interno di una coppia omogenitoriale) se non addirittura pregiudizievole (per il minore maltrattato) mantenere il legame con la propria famiglia d'origine".

<sup>19</sup> In ordine all'utilizzo della abrogazione per incompatibilità si veda PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo - europeo delle fonti, I, Metodi e tecniche*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 158: "La tecnica dell'abrogazione per incompatibilità (art 15 disp. prel. c.c.) prevale e il suo abuso, che testimonia ora una mancanza di volontà di compiere scelte univoche ora una disinvolta disattenzione per la rigorosità del linguaggio, provoca un'incertezza sulla individuazione della normativa vigente tale da svilire la regola dell'*ignorantia legis non excusat*. Entrano in crisi il principio di legalità e lo Stato di diritto, con il conseguente appassimento dello Stato moderno". Cfr. anche Corte cost. 9 marzo

confutare tale tesi<sup>20</sup> sono intessute di una dimensione *formale* e *sostanziale*. In particolare, in ordine al profilo formale, è doveroso

---

2021, n. 33, secondo la quale, nonostante la modifica dell'articolo 74 c.c., non è ancora possibile superare l'efficacia del rinvio operato dall'articolo 55 l. ad.

- <sup>20</sup> Contrari alla tesi dell'abrogazione tacita della l. n. 219 del 2012 all'art. 55 l. ad. si vedano VELLETTI, M., «La nuova nozione di parentela (art. 74 c.c., come modificato dall'art. 1, comma 1, l. n. 219/2012)», *Le nuove leggi civili commentate*, 2013, p. 449, ove recita che «Il richiamo contenuto all'art. 55, della l. n. 184/83, alle norme che disciplinano l'adozione del maggiorenne, in particolare all'art. 300 c.c., ha come conseguenza che l'adozione lieve non costituisce un rapporto di parentela tra il minore adottato e la famiglia dell'adottante, in quanto il minore continua ad appartenere alla famiglia d'origine, rispetto alla quale mantiene inalterati i rapporti parentali. Pertanto, in considerazione dell'assetto normativo che attualmente disciplina l'adozione in casi particolari, appare opportuno ritenere che la novella nulla abbia innovato in merito. Né può dirsi che tal scelta sia fonte di discriminazione per il minore; infatti ritenere che l'adottato in casi particolari acquisisca vincoli parentali con la famiglia dell'adottante significherebbe porre questo minore in posizione più favorevole rispetto alle altre categorie di figli, in quanto unico ad avere un doppio legame parentale quello con la famiglia di origine e quello con la famiglia degli adottanti. Il nuovo art. 74 c.c. costituisce il punto di arrivo di un lungo cammino verso il superamento di ogni discriminazione tra figli, e costituisce uno dei punti maggiormente qualificanti e condivisibili della riforma del 2012". Cfr. DOGLIOTTI, M., «Adozione di minori e stato di abbandono, perché una specificazione?», *Fam. dir.*, 2012, p. 749, che afferma in relazione al nuovo art. 74 c.c.: "Si afferma in questo caso, del tutto correttamente, che il vincolo di parentela non sorge in caso di adozione di maggiorenni, tra l'adottato e i parenti dell'adottante, e viceversa; tale previsione dovrebbe estendersi all'adozione in casi particolari di cui all'art. 44 ss. l. 184 del 1983, che non ha effetti legittimanti e non scioglie i legami con la famiglia di origine del minore"; Cfr. SESTA, M., «Stato unico di filiazione e diritto ereditario», *Riv. dir. civ.*, p. 14, ove rileva che: "Sulla base di quanto sopra sinteticamente richiamato, la dottrina ritiene che l'adozione in casi particolari non costituisca un vero e proprio rapporto di filiazione, e che quindi non attribuisca lo *status* di figlio, ma, pur essendo predisposta per offrire al minore un ambiente familiare idoneo, si conformi sullo statuto dell'adozione del maggiore di età, alla quale – quanto all'effetto – è stata assimilata. È quindi incontrovertito che la condizione del figlio adottato nei casi particolari si differenzi radicalmente da quella del soggetto adottato *ex artt.* 6 ss. l. ad., principalmente per il fatto che in capo a quest'ultimo si recide ogni vincolo con la famiglia d'origine, vincolo che invece permane integro nella fattispecie regolata dall'art. 44. Alla luce di quanto precede, deve ribadirsi che, ancorché la nuova disposizione dell'art. 74 c.c. contempli espressamente l'esclusione del vincolo di parentela solo con riguardo agli adottati maggiori d'età, sia necessario procedere ad una interpretazione estensiva del testo della legge, stante la sostanziale identità, quanto agli effetti di cui trattasi, dell'adozione dei maggiorenni e di quella nei casi particolari. D'altronde, la contraria soluzione comporterebbe, a ben vedere, l'abrogazione dell'art. 55 l. ad., abrogazione di cui non vi è traccia né nella l. n. 219 del 2012, né nel d.lg. n. 154 del 2013, che, se diversamente interpretati, finirebbero per stravolgere gli effetti

constatare quando vi sia la possibilità di ricorrere all'abrogazione tacita di una norma. Difatti, ai sensi dell'art. 15 disp. prel. c.c., si desume che l'abrogazione tacita, oltre a quella espressa, può operare in caso di *incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore*. Orbene, in ordine a quest'ultima ipotesi, nessun dubbio è stato sollevato sull'inoperatività dell'abrogazione stessa. Differentemente, la tesi soprarichiamata, nonché la sentenza sopracitata del Tribunale dei minori di Bologna aderente alla tesi stessa, risultano imperniate proprio sull'incompatibilità tra l'art. 74 c.c. e l'art. 55 l. ad. nella parte in cui rinvia all'art. 300 c.c. Tale incompatibilità viene smentita dall'art. 1, comma 20 l. 20 maggio 2016, n. 76, il quale mostra la volontà del legislatore di rimarcare la differenza tra l'adozione "piena" e l'adozione in casi particolari. Difatti, mentre l'adozione legittimante risulta accessibile solo alle coppie unite in matrimonio, l'adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44 lett. d) l. ad. è accessibile alle coppie non unite in matrimonio. Il legislatore ha inteso dunque escludere l'unione civile dalla adozione piena e legittimante, lasciando aperta la possibilità alle unioni civili di intraprendere la strada dell'adozione in casi particolari secondo le norme vigenti e il diritto vivente forgiato dalle sentenze della Cassazione<sup>21</sup>. Lo stesso Tribunale dei minori di

---

dell'adozione nei casi particolari, che verrebbe sostanzialmente equiparata a quella ordinaria. In breve, l'interpretazione estensiva dell'art. 74 c.c. si impone proprio considerato che, diversamente opinando, la fattispecie dell'adozione nei casi particolari verrebbe sostanzialmente a configurarsi quale adozione piena; né è ipotizzabile una terza via, che faccia salvi i caratteri dell'adozione nei casi particolari e al contempo ammetta la creazione di coesistenti rapporti di parentela dell'adottato con due distinti stipiti (quello dei genitori biologici e quello degli adottivi). Ciò significherebbe, infatti, collocare il figlio in più famiglie, stravolgendo la natura stessa della società familiare, alla quale l'istituto dell'adozione è chiamato a conformarsi". Cfr. BIANCA, C. M., «La legge italiana conosce solo figli», *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 2, ove rileva che "Coerentemente col principio della unicità dello stato di figlio, la l. n. 219 del 2012 ha invece espressamente enunciato che la parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione sia avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui sia avvenuta all'esterno di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottato (art. 74 c.c. nuovo testo). La nuova disposizione precisa che il vincolo di parentela non sorge nei casi di adozione di persone maggiorenni di età. Il vincolo di parentela con le famiglie degli adottanti deve egualmente escludersi quando si tratti di adozione in casi particolari". Sul punto anche *La riforma della filiazione (L. 10 dicembre 2012, n. 219, "Disposizioni di riconoscimento dei figli naturali"*, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale n. 293 del 17 dicembre 2012*), in *Le nuove leggi civili commentate*, p. 439.

<sup>21</sup> Così Trib. min., 26 luglio 2021, n. 143.

Bologna, con l'ordinanza n. 143 del 2021, sostiene queste rilevanti e lucide considerazioni, escludendo, giocoforza, l'operatività dell'abrogazione tacita e sollevando una questione di legittimità costituzionale dell'art. 55 legge adozione come integrato dall'art. 300, comma 2 c.c., in quanto ritenuto contrastante con gli artt. 3 e 31 Cost. per la ingiustificata disparità di trattamento tra figli adottivi di coppie unite in matrimonio e figli adottivi di coppie unite civilmente; e con l'art. 117 Cost., in relazione all'art. 8 CEDU, poiché non consente al minore, inserito nella famiglia unita civilmente, di godere della sua vita privata e familiare in senso ampio, comprensiva della dignità della persona e del diritto all'identità dell'individuo. Come è noto, la Consulta ha accolto tale questione in tutti i suoi profili sollevati e, in particolare, ha aderito alla lettura interpretativa sopracitata basata sul rigetto della tesi dell'abrogazione tacita.

A ben vedere, si profilano altre argomentazioni che ci consentono di escludere tale tesi. Esaltando sempre il dato letterale e quindi *formale*, la tesi dell'abrogazione tacita costituisce un "escamotage" al fine di non applicare il classico criterio risolutivo fra antinomie normative, cioè il criterio di specialità. Difatti, il criterio di specialità, il quale prevede che la norma speciale, in questo caso l'art. 55 l. ad. che rinvia all'art. 300 c.c., deroghi quella generale successiva, cioè l'art. 74 c.c. modificato dalla legge n. 219 del 2012, non ha luogo qualora, dalla *ratio* della legge generale successiva, si evinca di abrogare la legge speciale. Inoltre, sotto il profilo sistematico ed assiologico, e quindi *sostanziale*, la sottovalutata distinzione tra la lettura interpretativa basata sulla tesi dell'abrogazione tacita e la ricostruzione interpretativa imperniata sulla scelta di sollevare una questione di legittimità costituzionale<sup>22</sup> necessita un richiamo. Difatti, mentre con il fenomeno abrogativo si limita diacronicamente l'efficacia di una norma comunque valida, in quanto opera *ex nunc*; con la sentenza di illegittimità costituzionale si assiste all'annullamento, il quale incide sulla validità delle norme e le elimina radicalmente dal sistema, operando normalmente *ex tunc*. Pertanto, l'efficacia retroattiva<sup>23</sup> della declaratoria di illegittimità

<sup>22</sup> A sostenere questa scelta anteriormente all'ordinanza del 26 luglio n. 143 del 2021 del Trib. min. Bologna è SCALERA, A., «Stepchild adoption e dichiarazione del rapporto di fratria», *Fam. dir.*, 2021, p. 3.

<sup>23</sup> Cfr. PASSAGNOLI, G., «La retroattività tra leggi e sentenze», *Persona e mercato*, 2017, p. 140.; Cfr. BETTI, E., *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1990, p. 826.; FURIGUELE, G., *Diritti acquisiti*, in *Dig. disc. priv.- Sez. civ.*, V, Torino, 1989, pp. 368 ss.

costituzionale risulta rilevante in ordine ai rapporti anteriori per i quali non siano decorsi i termini di prescrizione o decadenza per l'esercizio dei relativi diritti, di guisa da realizzare una effettiva e *sostanziale* tutela<sup>24</sup>.

#### 4. Riflessioni conclusive nella prospettiva dicotomica tra forma e sostanza

Orbene, le riflessioni sin ora svolte in ordine alle differenti vie ermeneutiche meritano di essere approfondite, nel segno di una prospettiva dicotomica tra forma e sostanza, struttura e funzione, rigidità e flessibilità, dogmatica ed ermeneutica. In particolare, all'approccio metodologico volto a cristallizzare il testo come un punto fermo da cui si muove ed a cui si ritorna<sup>25</sup>, si contrappone l'indirizzo

---

<sup>24</sup> Sul punto mi sia consentito il riferimento a PACINI, G., «L'estensione dei legami di parentela tra adottato in casi particolari e parenti dell'adottante, alla luce della decisione della Corte Costituzionale», *Giustiziacivile.com*.

<sup>25</sup> Così IRTI, N., *I cancelli delle parole*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, pp. 56 ss.: "Interpretare testi è altro da intuire valori. I testi, come punti fermi da cui si muove ed a cui si ritorna, garantiscono la divisione costituzionale dei poteri, il rispetto della sovranità popolare, l'eguaglianza di fronte alla legge, la calcolabilità delle decisioni giudiziarie. Essi costruiscono un argine, al di là o al di sopra del quale può svolgersi soltanto il giuoco dell'immaginazione, la volontà di altro diritto, il soggettivismo dei valori. E quando, in pagine di giuristi autorevoli e avveduti, leggiamo che i valori "si positivizzano", cioè si calano in specifiche norme, allora, dicevo, basta l'interpretazione, e non è più necessario l'esercizio di intuizione o di facoltà divinatorie. La "positivizzazione" restituisce dignità ed essenzialità all'interpretazione, che dunque traccia gli estremi confini del giurista". Irti N. che, in un nichilismo indotto dalla continua mutevolezza di interessi e scopi, visti "decapitati i re, morti gli dèi, venuti in rovina i palazzi terreni" finisce con il trovare il vero salvagente del giurista nella forma. IRTI, N., *Nichilismo giuridico*, in ID, *Il salvagente della forma*, Laterza, Bari, 2007, pp. 99 ss.: "Sapere che le norme, quali sono, potevano o potranno essere altre, e che il loro nascere e perire dipende soltanto dal volere umano, e che presupposto, ecco il carattere decisivo del nichilismo giuridico"; Sul "nichilismo giuridico", IRTI, N., *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma - Bari, 2004; ID., *Nichilismo e concetti giuridici intorno all'aforisma 459 di «Umano, troppo umano»*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005; IRTI, N., SEVERINO, E., *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, Roma-Bari, 2001, ove si ravvisa nella modernità giuridica l'affermarsi di una semplice tecnica contrassegnata da un'arbitrarietà che respinge qualsiasi assoluto sapere intorno ai fini. Il nichilismo contenutistico della volontà normativa si accompagna all'accentuarsi del formalismo delle procedure produttive che,



ermeneutico inclusivo e sistematico<sup>26</sup>, in cui la lettura del dato legislativo deve essere mediata dalla totalità dell'esperienza e della cultura. Pertanto, nell'ottica di una prospettiva non meramente tecnico giuridica<sup>27</sup>, così come Freud<sup>28</sup> ha smantellato le basi della corrente

---

nell'indifferenza a qualsivoglia contenuto, tutto possono tradurre in norme.

- <sup>26</sup> Sul punto si veda PERLINGIERI, P., «Sistematica e dogmatica: una rilettura di due saggi di Angelo Falzea», *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 1159: "la dogmatica ha il compito di ricercare i principi più generali che caratterizzano un ordinamento giuridico, assicurando sotto il profilo formale la massima attuazione possibile dei principi e valori costituzionali e dando risalto sotto il profilo sostanziale anche e soprattutto alla materia, ossia ai fatti storico-sociali della vita di cui è costituito e si nutre l'ordine giuridico. E' la prospettiva assiologica secondo la quale il diritto è l'insieme degli interessi sociali derivanti dalla vita comune congiunto all'insieme dei valori dell'azione umana orientati alla loro realizzazione, manifestati socialmente e evidenziati oggettivamente dall'esperienza comune e dalla comune cultura; Cfr. anche GROSSI, P., *Il diritto civile in Italia fra moderno e postmoderno*, dal monismo legalistico al pluralismo giuridico, per la storia del pensiero giuridico moderno, Giuffrè, Milano, 2021, p. 150 laddove afferma "mi permetto una domanda a Natalino Irti: perché questa discesa nell'inferno del nichilismo? Gli sarebbe bastato di aprire le finestre del suo studio e guardare fuori quel che succede nell'esperienza di ogni giorno. Sarebbe emersa con evidenza la socialità del diritto, il suo consistere in un salvataggio della società del caos, il suo essere intrinsecamente un ordinamento del "sociale". Del resto, perché questo demolente scetticismo sul volere dell'uomo, che Irti pone a fondamento di tutto l'edificio giuridico? Perché non cogliere nelle trame del volere quelle nervature di responsabilità e di solidarietà, che non sono artificiose falsazioni, che ci sono e che avrebbero offerto un solido salvataggio? Al vecchio e caro amico, perdurando fra noi il dialogo che da tanti decenni ci stimola, vorrei rinnovare l'invito or ora fatto ad aprire le finestre e guardare a fondo nell'esperienza, vincendo la sua diffidenza esperienziale del diritto. Lì vedrebbe vivere quel pluralismo giuridico, pluralismo di fonti, argine robusto per ogni tentazione nichilista".
- <sup>27</sup> A valorizzare la dimensione interdisciplinare del diritto nell'ambito dell'adozione in casi particolare è VICIANI, S., «Diritto ad essere genitori o interesse del minore ad avere dei genitori?», *Giustiziaicivile.com*, 2019., laddove rileva che alcuni studi psicologici dell'*American Psychological Association*, hanno dimostrato che una coppia eterosessuale e una omosessuale producono gli stessi effetti sulla salute mentale del bambino.
- <sup>28</sup> Cfr. MUSATTI, C. L., *Freud, con antologia freudiana*, 1959, Editore Boringhieri, Torino, p.10, il quale rileva che "La psicoanalisi, così come Freud è venuto elaborandola – sulla base di un materiale di osservazione sempre più vasto, e tratto non soltanto dagli animaletti curati, ma anche da tante altre disparatissime fonti – è appunto tutto questo. E cioè insieme: una tecnica esplorativa degli strati più profondi e nascosti della personalità umana (con compiti anche terapeutici, ma non terapeutici soltanto); una dottrina teorica relativa alla struttura psicologica soltanto); una dottrina teorica relativa alla struttura psicologica di quella personalità; e una sistematica descrizione dei contenuti della vita psichica e delle loro leggi, non limitata (secondo quelli che erano gli orientamenti della psicologia tradizionale) alla

culturale del Positivismo<sup>29</sup>, imperniata nella centralità della ragione quale base del progresso e dell'evoluzione sociale, attraverso un principio tipico di tale movimento: il principio di causalità; allo stesso modo, la corretta soluzione giuridica adottata dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 79 del 28 marzo 2022<sup>30</sup>, nel segno di una logica fondata sul recupero della giuridicità dei rapporti fattuali e aderente ad una *ratio* vicina agli interessi sostanziali, ossia l'estensione dei rapporti di parentela tra l'adottato in casi particolari e i parenti dell'adottante, si è realizzata nel rispetto della *forma*: il rigetto della tesi dell'abrogazione tacita e la scelta di procedere con una sentenza di illegittimità costituzionale dimostra la necessità di realizzare le rivendicazioni di tutela di nuovi interessi nel rispetto delle *forme* che rappresentano la struttura del nostro ordinamento giuridico. Giocoforza, il risultato concreto e "sostanziale" è stato conquistato attraverso un criterio di stampo "positivista", a dimostrazione della possibilità di raggiungere un equilibrio tra "forma" e "sostanza", dogmatica ed ermeneutica<sup>31</sup>. *La prassi, intesa come diritto vivente*

---

coscienza, ma estesa anche alle parti inconse di quella personalità".

- <sup>29</sup> L'approccio positivista è intessuto di un desiderio di capire il mondo, di prevederne gli effetti e di influenzarli a proprio vantaggio. Una metafora di Platone, nel *Protagora*, Πρωταγόρας, in *Dialoghi platonici VI tetralogia*, risulta icastica e rappresentativa di tale approccio: Zeus aveva incaricato Epimeteo (colui che viene dopo, l'improvvidio) di attribuire ad ogni specie animale qualche virtù (forza, velocità, agilità). A tutti i viventi egli concesse qualità in abbondanza ma, giunto all'uomo, non ne aveva più disponibili. Zeus allora, mosso a pietà, incaricò Prometeo (colui che pensa in anticipo) affinché rimediasse in qualche modo. Egli rubò ad Efesto e ad Atena la loro sapienza tecnica insieme al fuoco e concesse all'uomo di anticipare mentalmente gli esiti dei suoi atti.
- <sup>30</sup> Sul punto si veda FERRANDO, G., «Adozione in casi particolari e pluralità di rapporti parentali», *Fam. dir.*, 2022, p. 1115; CINQUE, M., «Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità», *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, p. 1013.
- <sup>31</sup> Sul punto si veda BENEDETTI, G., in PERLINGIERI, P. (a cura di), *Temi e problemi della civilistica contemporanea*. Venticinque anni della Rassegna di diritto civile, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, p. 593, "che il destino di una fenomenologia del diritto che voglia fronteggiare il nichilismo è rappresentato dal recupero dell'originaria funzione del diritto di assicurare, nel contemperamento degli umani interessati, la pacifica convivenza". Va ricordata, più di ogni altra, la produzione scientifica di Pugliatti, il quale non soltanto ha sempre respinto la legittimità della costruzione delle figure giuridiche proposta unicamente sulla base della struttura, ma ha ad un tempo valorizzato la dimensione funzionale e teleologica (PUGLIATTI, S., «Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico», *Riv. dir. comm.*, 1947, pp. 13 ss.).

*contrapposto alle interpretazioni dottrinali del dato normativo, ha un significato ambiguo, prediletto da quei pratici che applicano gli istituti senza interrogarsi sulla loro ratio. Un tal significato presuppone o l'antinomia tra il diritto formale (morto) e quello sostanziale (vivente) o il superamento e quindi la prevalenza del secondo sul primo, là dove l'uno o l'altro profilo sono coesenziali e non possono che realizzarsi in funzione reciproca nella continua verifica della congruità della ratio legis<sup>32</sup>.*

Pertanto, la sentenza sopracitata dimostra la recente attitudine della Corte Costituzionale diretta al recupero della giuridicità dei rapporti fattuali e alla valorizzazione della dimensione assiologica del diritto. Tale prospettiva trova conferma anche nella recente sentenza con cui la stessa Consulta<sup>33</sup> è intervenuta in ordine al cognome dei figli, laddove rileva che *non può esimersi dal rendere effettiva la legalità costituzionale*.

Alla luce di tali considerazioni l'orizzonte del discorso è fissato<sup>34</sup>: non c'è incompatibilità tra Positivismo<sup>35</sup> e Costituzionalismo<sup>36</sup>. È la

---

<sup>32</sup> Così PERLINGIERI, P., *Il diritto civile*, cit., p. 83.

<sup>33</sup> Cfr. Corte cost. 31 maggio 2022, n. 131 con nota di PACINI, G., «Il cognome dei figli: la decisione della Corte costituzionale», *Famiglia*, 2022.

<sup>34</sup> Un esempio applicativo di queste riflessioni è presente in PERLINGIERI, P., «L'acquisto puro e semplice delle eredità devolute agli enti, una rilettura degli artt. 473, 485, 487, 488, 489, 493, 527 c.c.», *Rass. dir. civ.*, 2009, pp. 102-130. L'a. auspica una rilettura dell'art. 473 c.c. nel segno di un'interpretazione letterale, basata sulla distinzione tra acquisto dell'eredità e accettazione e tra capacità di succedere e modo di accettare l'eredità, nonché sistematica ed assiologica.

<sup>35</sup> Sul punto si veda LA TORRE, M., *Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, Leo S. Olschki, Firenze, 2019, pp. 193 ss.: «A partire dal secondo dopoguerra lo Stato, costituzionalizzandosi e democratizzandosi mediante l'inclusione di diritti fondamentali azionabili e di principi sostanziali (tra cui centrale risulta quello di uguale dignità dei cittadini), mette in moto un processo di "rimaterializzazione" del diritto positivo" L'autore nel recuperare il pensiero giuridico di Luigi Ferrajoli rileva che quest'ultimo "individua nella Costituzione repubblicana un momento di fondazione paradigmatica di un nuovo ordinamento giuridico, che mette in crisi certi presupposti del vetero-positivismo (per esempio la convinzione di una validità tutta formale delle norme), e apre ad una revisione del giuspositivismo e ad una sua materializzazione, all'ancoraggio di questo cioè a principi sostanziali. Questi sono quelli espressi dallo Stato costituzionale democratico e sociale e incorporati e inverati nella sua struttura normativa».

<sup>36</sup> Sul punto si veda LA TORRE, M., *op. cit.*, p. 164, laddove rileva che «pensare all'ordinamento giuridico come solo un centro o una struttura di regole non funziona ed è ben lontano dalla realtà. Oggi – come dice il maestro di Alexy, Ralf Dreier – al "legalismo" si sostituisce il costituzionalismo: la categoria della legge è insufficiente a dar conto dell'evoluzione dei fenomeni giuridici; evoluzione sintetizzata dalla nuova più ampia portata dei diritti fondamentali. Per capire e

considerazione teleologica a portarci nel cuore del positivismo giuridico<sup>37</sup>, a farcene afferrare l'unità. Unità, che non può che rinvenirsi nei valori<sup>38</sup>.

## Bibliografia

AA.VV., *La comunità familiare tra autonomia e riforme, trasformazione della famiglia e successioni mortis causa*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2019, p. 143.

BARBA, V., «Variazioni critiche sull'art. 300 c.c.», *Famiglia, Persone e Successioni*, 2008, pp. 487-497.

BENEDETTI, G., in PERLINGIERI, P. (a cura di), *Temi e problemi della civilistica contemporanea*. Venticinque anni della Rassegna di diritto civile, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, p. 593.

BETTI, E., *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1990, p. 826.;

BIANCA, C. M., «La legge italiana conosce solo figli», *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 2.

CAMPOBELLO, F., *La rivoluzione copernicana dell'adozione, l'impegno di Bianca Guidetti Serra per la tutela dei minori abbandonati*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 12.

CINQUE, M., «Adozione in casi particolari: parentela tra "fratelli acquisiti"?», in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 81.

CINQUE, M., «Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità», *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, p. 1013.

---

operare col diritto contemporaneo abbiamo bisogno della nozione di principio, che meglio della norma può esprimere la natura e la forza del diritto fondamentale nello Stato costituzionale"; Cfr. anche DREIER, R., *Konstitutionalismus und Legalismus*, in ID (a cura di), *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts*, Franz Steiner, Stuttgart, 1990.

<sup>37</sup> Sul punto si veda SCARPELLI, U., *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997, p. 153 laddove afferma: "Il positivismo giuridico, con l'integrazione democratica e l'integrazione costituzionalista, rappresenta nella cultura giuridica il corrispondente di questa soluzione liberale: il giurista giuspositivista, nella sua fedeltà alla legge costituzionale che garantisce la libertà, nella sua fedeltà alla legge formata con i procedimenti democratici, è il custode della struttura in cui la varietà e la convivenza delle scelte sono possibili.

<sup>38</sup> Così MARTONE, I., *Il giudizio di meritevolezza. Questioni aperte e profili applicativi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, p. 65.

CRISTIANI, F., *La parentela, chiaroscuri di un vincolo al passo con i tempi*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 36.

DI MASI, M., «Giudici, famiglie e interesse del/la minore: alcuni recenti orientamenti», *Riv. crit. dir. priv.*, 2020, pp. 597, 598.

DOGLIOTTI, M., «Adozione di minori e stato di abbandono, perché una specificazione?», *Fam. dir.*, 2012, p. 749.

DREIER, R., *Konstitutionalismus und Legalismus*, in ID (a cura di), *Rechtpositivismus und Wertbezug des Rechts*, Franz Steiner, Stuttgart, 1990.

FERRANDO, G., «Adozione in casi particolari e pluralità di rapporti parentali», *Fam. dir.*, 2022, p. 1115.

FERRANDO, G., «L'adozione in casi particolari alla luce della più recente giurisprudenza», *Dir. succ. fam.*, p. 83.

FURGIUELE, G., *Diritti acquisiti*, in *Dig. disc. priv.*- Sez. civ., V, Torino, 1989, pp. 368 ss.

GROSSI, P., «La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico», *Quad. fiorentini*, 2003, p. 34.

GROSSI, P., *Il diritto civile in Italia fra moderno e postmoderno*, dal monismo legalistico al pluralismo giuridico, *per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 150.

IRTI, N., *I cancelli delle parole*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, pp. 56 ss.

IRTI, N., *Nichilismo giuridico*, in ID, *Il salvagente della forma*, Laterza, Bari, 2007, pp. 99 ss.

IRTI, N., *Nichilismo e concetti giuridici intorno all'aforisma 459 di «Umano, troppo umano»*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005.

IRTI, N., *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma – Bari, 2004.

IRTI, N., SEVERINO, E., *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, Roma-Bari, 2001.

LA TORRE, M., *Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, Leo S. Olschki, Firenze, 2019, pp. 193 ss.

LAGHI, P., *La rappresentazione, profili applicativi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, p. 392.

LENTI L., «La sedicente riforma della filiazione», *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, pp. 202, 203.

MARTONE, I., *Il giudizio di meritevolezza. Questioni aperte e profili applicativi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, p. 65.

MENDOLA, A., *Le mobili frontiere della filiazione*, Pacini Giuridica, Pisa, p. 85.

MOROZZO DELLA ROCCA, P., «Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari», *Fam. dir.*, 2013, pp. 898 ss.

MUSATTI, C. L., *Freud, con antologia freudiana*, 1959, Editore Boringhieri, Torino, p. 10.

PACINI, G., «Il cognome dei figli: la decisione della Corte costituzionale», *Famiglia*, 2022.

PACINI, G., «L'estensione dei legami di parentela tra adottato in casi particolari e parenti dell'adottante, alla luce della decisione della Corte Costituzionale», *Giustiziacivile.com*.

PACINI, G., «L'estensione dei legami di parentela tra adottato in casi particolari e parenti dell'adottante, alla luce della decisione della Corte Costituzionale», *Giustiziacivile.com*.

PANE, R. (a cura di), *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, p. 244.

PASSAGNOLI, G., «I profili successori della riforma della filiazione», *Persona e mercato*, 2014, p. 115.

PASSAGNOLI, G., «La retroattività tra leggi e sentenze», *Persona e mercato*, 2017, p. 140.

PERLINGIERI, P., «L'acquisto puro e semplice delle eredità devolute agli enti, una rilettura degli artt. 473, 485, 487, 488, 489, 493, 527 c.c.», *Rass. dir. civ.*, 2009, pp. 102-130.

PERLINGIERI, P., «Sistematica e dogmatica: una rilettura di due saggi di Angelo Falzea», *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 1159.

PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo - europeo delle fonti*, I, *Metodi e tecniche*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 158.

PROSPERI, F., «Unicità dello "status filiations" e rilevanza della famiglia non fondata sul matrimonio», in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, p. 278.

PUGLIATTI, S., «Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico», *Riv. dir. comm.*, 1947, pp. 13 ss.

RIZZUTI, M., *Adozione aperta e rapporti successori*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, p. 9.

SCALERA, A., «Stepchild adoption e dichiarazione del rapporto di fratria», *Fam. dir.*, 2021, p. 3.

SCARPELLI, U., *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997, p. 153.

SESTA, M., «Le nuove regole di attribuzione del doppio cognome tra eguaglianza dei genitori e tutela dell'identità del figlio», *Fam. dir.*, 2022, p. 877.

SESTA, M., «Stato unico di filiazione e diritto ereditario», *Riv. dir. civ.*, p. 14.

TERENGLI, C., *Rappresentazione e adozione*, *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 246.

VELLETTI, M., «La nuova nozione di parentela (art. 74 c.c., come modificato dall'art. 1, comma 1, l. n. 219/2012)», *Le nuove leggi civili commentate*, 2013, p. 449.

VICIANI, S., «Diritto ad essere genitori o interesse del minore ad avere dei genitori?», *Giustiziaicivile.com*, 2019.





# La tutela dei minori orfani per crimini domestici tra affidamento e adozione

Chiara Sartoris

**ABSTRACT:** L'analisi delle principali novità civilistiche introdotte dalla legge n. 4/2018 a tutela degli orfani vittime di crimini domestici offre l'occasione per riflettere su una particolare forma di affidamento dei minori e sui suoi rapporti con la disciplina dell'adozione. L'indagine si colloca sullo sfondo delle molteplici declinazioni che il concetto di famiglia assume nell'attuale ordinamento giuridico.

**RESUMEN:** El análisis de las principales novedades civiles introducidas por la ley n. 4/2018 para la protección de los huérfanos víctimas de delitos domésticos ofrece la oportunidad de reflexionar sobre una forma particular de custodia de los hijos y sobre su relación con la disciplina de la adopción. El estudio se coloca en el contexto de múltiples variantes que asume el concepto de familia en el ordenamiento jurídico vigente.

**SOMMARIO:** 1. La legge n. 4/2018 sulla tutela degli orfani per crimini domestici: i problemi. - 2. L'affidamento *ex art. 4*, comma 5-*quinquies* della legge n. 184/1983. - 3. La famiglia del minore orfano tra affidamento e adozione: aspetti di criticità. - 4. Profili successori: indegnità a succedere e sospensione dalla successione. - 5. Riflessioni sul concetto di famiglia nella prospettiva dell'affidamento del minore orfano per crimini domestici.

## 1. La legge n. 4/2018 sulla tutela degli orfani per crimini domestici

Non sempre la famiglia costituisce il luogo degli affetti e della protezione per il minore. Sono tristemente noti i numeri delle violenze perpetrate in ambito domestico e tra queste, la forma più estrema, è rappresentata dal c.d. reato di femminicidio. La fattispecie, già di per sé di estrema gravità, assume contorni ancor più drammatici in presenza di figli minori, soprattutto quando questi assistono alla violenza<sup>1</sup>. I/Le bambini/e sono senz'altro le vittime indirette di tali reati, non solo per le conseguenze psicologiche che l'evento traumatico arreca loro, ma anche per le implicazioni giuridiche che ne derivano. Ciò è tanto più vero nei casi in cui l'omicidio è posto in essere da padre del/della bambino/a, in quanto sia che quest'ultimo decada da responsabilità genitoriale per essere recluso in carcere sia che, come talvolta accade, si tolga la vita a seguito del reato, si determina una inevitabile disgregazione del contesto familiare d'origine. In tali casi, si pone, pertanto, il problema della individuazione degli strumenti idonei a tutelare i diritti del minore, *in primis* il diritto a una crescita equilibrata.

---

<sup>1</sup> Si stima che dal 2000 al 2018 siano circa 3.100 le donne vittime di femminicidi (cfr. Istat, Commissione parlamentare d'inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza, 2019). Più difficile è reperire dati sul numero dei minori orfani a seguito della morte per omicidio della madre (circa 1.600 nel periodo dal 2000 al 2015 secondo la ricerca condotta dalla dott.ssa Baldry). Da tempo autorevoli studi di sociologi e psicologi mettono in evidenza le conseguenze traumatiche che tali eventi producono nella vita dei minori e quindi la necessità di apprestare particolari tutele, anche sul piano giuridico a garanzia del rispetto dei loro diritti fondamentali. Cfr. LUBERTI, R., PEDROCCO, B., *La violenza assistita intrafamiliare. Percorsi di aiuto per bambini che vivono in famiglie violente*, Franco Angeli, Milano, 2005; BALDRY, A.C., FERRARO, E., *Uomini che uccidono. Cause, storie e investigazioni*, Centro Scientifico Editore, Torino, 2010; ROMITO, P., *La violenza di genere su donne e minori. Un'introduzione*, Franco Angeli, Milano, 2011; MERLI, A., «Violenza di genere e femminicidio», *Dir. pen. cont.*, 2015, pp. 430 ss.; BALDRY, A.C., *Dai maltrattamenti all'omicidio. La valutazione del rischio di recidiva e dell'uxoricidio*, Franco Angeli, Milano, 2016.

In tale prospettiva, si inserisce oggi la l. 11 gennaio 2018, n. 4 che, tra le prime in Europa, si fa carico proprio della esigenza di apprestare una tutela specifica degli orfani per crimini domestici (c.d. orfani speciali)<sup>2</sup> dando attuazione, peraltro, ai principi sanciti dalla c.d. Convenzione di Istanbul del 2011 in materia di prevenzione e lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica; la quale ha imposto agli Stati aderenti di adottare *“misure legislative e ogni altro tipo di misure necessarie per garantire che siano debitamente presi in considerazione, nell’ambito dei servizi di protezione e di supporto alle vittime, i diritti e i bisogni dei bambini testimoni di ogni forma di violenza rientrando nel campo di applicazione della presente Convenzione”* (art. 26)<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Tali minori sono definiti “orfani speciali” in quanto si trovano nella particolare condizione non solo di avere perso la madre per effetto di una condotta di inaudita violenza, alla quale spesso hanno assistito, ma anche di avere perso il padre o perché condotto in carcere, quale autore del reato, o perché si è tolto la vita a seguito del compimento del reato (cfr. BALDRY, A.C., *Orfani speciali. Chi sono, dove sono, con chi sono. Conseguenze psico-sociali su figlie e figli del femminicidio*, FrancoAngeli, Milano, 2017). Proprio al fine di garantire una particolare protezione ai minori orfani per crimini domestici, la l. n. 4 del 2018 introduce una serie di misure con cui lo Stato si fa carico dei loro bisogni anche economici: il patrocinio a spese dello Stato per i minori economicamente non autosufficienti; il sequestro conservativo dei beni dell’indagato a garanzia del risarcimento dei danni subiti dai figli orfani; la provvisoria in favore dei figli della vittima quantificata nella misura del 50% del presumibile danno e la conversione del sequestro dei beni dell’imputato in pignoramento ai fini del risarcimento; la sospensione del diritto alla pensione di reversibilità o dell’indennità del coniuge o partner dell’unione civile rinviata a giudizio per omicidio volontario; l’attivazione di un servizio di assistenza di tipo medico-psicologico gratuito a cura del servizio sanitario nazionale per il tempo necessario a pieno recupero dell’equilibrio psicologico; l’accesso a borse di studio e iniziative di orientamento e formazione per l’inserimento degli orfani nelle attività lavorative.

<sup>3</sup> La Convenzione del Consiglio d’Europa del 2011 (c.d. Convenzione di Istanbul) è stata ratificata dall’Italia con la l. 15 ottobre 2013, n. 119 (“Prevenzione e contrasto della violenza di genere”). Ai presenti fini, si segnala che tale legge ha introdotto aggravanti volte a sanzionare con maggior severità le condotte di violenza ai danni del coniuge, partner o ex partner, nonché le condotte poste in essere in presenza di minori. In particolare, l’art. 61, n. 11-*quinquies*, c.p. prevede l’aggravante della violenza assistita, con un aggravamento della pena base fino a un terzo per chi nei delitti colposi contro la vita e l’incolumità individuale, contro la libertà personale e il delitto di maltrattamenti contro familiari e conviventi commette il fatto in presenza o in danno di un minore di anni 18. Nella stessa prospettiva merita ricordare la dir. 2012/29/UE recante norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, recepita in Italia con il d.lg. 15 dicembre 2015, n. 212; e la l. 19 luglio 2019, n. 69 recante «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere» (c.d.

A ben vedere, la legge n. 4 del 2018 si occupa genericamente della protezione dei figli minori (o maggiorenni non economicamente autosufficienti) che hanno perso un "genitore" per mano del coniuge o ex coniuge, del partner, del convivente o dell'altra parte dell'unione civile, utilizzando una terminologia senza connotazione di genere, in conformità ai principi costituzionali. La posizione del partner dell'unione civile e del convivente *more uxorio* è, dunque, equiparata a quella del coniuge sul piano delle tutele anche penali. Questo significa che la legge garantisce protezione ai figli nati da qualsiasi tipologia di unione affettiva, anche non coniugale. Tuttavia, sebbene la legge non conferisca alcuna connotazione di genere alle vittime e agli autori di reato, è chiaro che, di là dell'apparente ampiezza dell'ambito di applicazione, essa abbia di mira essenzialmente il fenomeno del femminicidio, che è quello anche numericamente più rilevante.

Molteplici sono le novità introdotte tanto nella legislazione penale, quanto nella legislazione civile. Con riguardo a queste ultime, oltre alle inevitabili implicazioni successive della vicenda criminosa, rappresentate tanto dalla indegnità a succedere quanto dal nuovo istituto della sospensione dalla successione, il presente contributo intende concentrare l'attenzione sull'affidamento del minore. Si tratta di una peculiare forma di affidamento che, valorizzando il principio di continuità delle relazioni affettive, attribuisce un ruolo cruciale ai parenti stretti del minore. Tale punto di osservazione offre l'occasione per riflettere criticamente sulla effettività della tutela del minore destinatario del provvedimento di affidamento, in relazione sia alla disciplina generale dell'affidamento familiare sia alla disciplina dell'adozione, nel più ampio orizzonte delle molteplici declinazioni del concetto di famiglia e dei legami familiari.

---

Codice Rosso), in forza della quale la presenza di un minore che assiste alla violenza contro un familiare non costituisce semplicemente una circostanza aggravante del reato principale, bensì determina la qualificazione del minore come persona offesa dal reato. In ultimo, occorre ricordare che il recente d.lgs. n. 149/2022 (c.d. riforma Cartabia) è intervenuta nella materia in esame introducendo all'interno del codice di procedura civile una sezione specificamente dedicata alla violenza di genere e domestica volta a disciplinare i "procedimenti in cui siano allegati abusi familiari o condotte di violenza domestica o di genere poste in essere da una parte nei confronti dell'altra o dei figli minori" (art. 473 *bis* 40 c.p.c.). La procedura si connota, da una parte, per la celerità e l'elasticità dell'iter processuale in considerazione della delicatezza degli interessi coinvolti, dall'altra, per l'ampliamento dei poteri spettanti al giudice, potendo, in particolare, pronunciarsi anche in esito all'istruzione sommaria ed emettere "i provvedimenti più idonei".

## 2. L'affidamento ex art. 4, comma 5 *quinquies* della legge n. 184/1983

Come anticipato, dal punto di vista civilistico, l'affidamento di cui all'art. 4, comma 5-*quinquies* della legge n. 184 del 1983 costituisce la specifica misura di protezione attraverso la quale aiutare il minore ad affrontare il trauma subito e a ritrovare un ambiente idoneo alla propria crescita. Tale provvedimento si rende necessario ogniqualvolta l'autore del reato di femminicidio sia il padre del minore, cioè quando la vicenda criminosa produce l'effetto di privare il minore della famiglia d'origine.

In effetti, di là delle ipotesi più estreme di suicidio dell'autore del reato, una prima rilevante conseguenza delle vicende in esame è la decadenza del padre colpevole dalla responsabilità genitoriale<sup>4</sup>. La gravità della condotta posta in essere lascia presumere, infatti, che tale soggetto non sia in grado di provvedere adeguatamente all'assistenza morale e materiale della prole in violazione del principio del superiore interesse del minore<sup>5</sup>. Non solo, ma, prima ancora, la sua detenzione in carcere rende materialmente impossibile l'esercizio dei poteri e doveri genitoriali. Si deve, però, avvertire che la decadenza da

---

<sup>4</sup> Cfr. AL MUREDEN, E., «La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari», *Fam. e dir.*, 2014, pp. 466 ss.; SESTA, M., ARCERI, A., «La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli», in CICU, MESSINEO, MENGONI, L. (dir.), *Trattato di diritto civile commentato*, Giuffré, Milano, 2016, pp. 12 ss.; GORGONI, A., *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Giuffré, Milano, 2017; LA ROSA, E., «Art. 316 c.c.», IN GABRIELLI, E. (dir.), *Commentario del codice civile*, II ed., Utet, Torino, 2018, pp. 613 ss.; LENTI, L., «Responsabilità genitoriale», in MANTOVANI, M., *Il nuovo diritto della filiazione*, in ZATTI, P. (dir.), *Trattato di diritto di famiglia, Le riforme*, 2, Giuffré, Milano, 2019, pp. 375 ss.

<sup>5</sup> Cfr. QUADRI, E., «L'interesse del minore nel sistema della legge civile», *Fam. e dir.*, 1999, pp. 88 ss.; CITARELLA, L., ZANGHÌ, C. (dir.), *Il diritto d'ascolto del minore*, Teseco Editore, Roma, 2009; GIACOMELLI, L., «(Re)interpretando i best interests of the child: da strumento di giustizia sostanziale a mera icona linguistica?», in GIUFFRÉ, F., NICOTRA, I. (dir.), *La famiglia davanti ai suoi giudici, Atti del Convegno dell'Associazione 'Gruppo di Pisa' (Catania, 7-8 giugno 2013)*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, pp. 508 ss.; LENTI, L., «Note critiche in tema di interesse del minore», *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 87 ss.; PARADISO, M., «Lo statuto dei diritti del figlio tra interesse superiore della famiglia e riassetto del fenomeno familiare», *Fam.*, 2016, pp. 220 ss.; LAMARQUE, E., «Il principio del best interest of the child», *Minorigiustizia*, 2017, pp. 19 ss.; SCALISI, V., «Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto», *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 418 ss.; SONELLI, S., «L'interesse superiore del minore. Ulteriori 'tessere' per la ricostruzione di una nozione poliedrica», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, pp. 1396 ss.

responsabilità genitoriale non costituisce una conseguenza immediata e automatica della vicenda criminosa (a meno che il colpevole non sia condannato all'ergastolo *ex art. 32 c.p.*): l'art. 34 c.p., nell'individuare i casi in cui la condanna per un reato comporta la pena accessoria della decadenza, non ricomprende quello dell'uccisione del genitore del proprio figlio. Sicché, la decadenza dalla responsabilità genitoriale dell'autore del reato, nelle ipotesi in esame, è il frutto di un apposito procedimento che deve essere avviato dai parenti della vittima o dal P.M. Inoltre, già in pendenza del procedimento di decadenza da responsabilità genitoriale viene nominato un tutore ai sensi dell'art. 357 c.c., cioè un soggetto che assuma la cura del minore, lo rappresenti in tutti gli atti civili e ne amministri i beni. L'art. 348, comma 2, c.c. prevede che la scelta del tutore ricada preferibilmente sugli ascendenti o su altri prossimi parenti del minore, ossia su membri della rete familiare preesistente, anche nella prospettiva del successivo provvedimento di affidamento. Merita segnalare che nella scelta del tutore il giudice non solo deve ascoltare il minore di dodici anni (o anche di età inferiore se capace di discernimento) in modo da tenere in considerazione le sue opinioni ed esigenze; ma deve anche valutare che la persona da nominare sia idonea all'ufficio, sia di ineccepibile condotta e dia affidamento di educare e istruire il minore, secondo quanto dispone l'art. 348, comma 4, c.c. Cruciale, inoltre, è anche la verifica circa la sussistenza, in capo al tutore, dei requisiti per ottenere il possibile affidamento del minore, nella prospettiva prosecuzione dei rapporti affettivi con i parenti più stretti. Quest'ultimo costituisce, infatti, l'obiettivo primario perseguito dal legislatore, a tutela del diritto fondamentale del minore a una crescita equilibrata e serena, nonostante il trauma subito.

Infine, il nuovo comma 5-*quinquies* dell'art. 4 stabilisce che il minore deve essere affidato ai parenti più prossimi così da *“privilegiare la continuità delle relazioni affettive tra il minore stesso e i parenti fino al terzo grado”*. Nella maggior parte dei casi, la scelta ricade sui nonni e sugli zii, soprattutto del ramo materno. Ad ogni modo, nell'ipotesi in cui vi siano fratelli o sorelle, il tribunale deve provvedere *“assicurando, per quanto possibile, la continuità affettiva tra gli stessi”*<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Il comma 5-*sexies* dell'art. 4, del pari aggiunto dall'art. 10 l. n. 4 del 2018, aggiunge che è compito dei servizi sociali, su segnalazione del tribunale competente, intervenire per assicurare agli orfani minorenni *“un adeguato sostegno psicologico*

Il senso delle richiamate disposizioni è chiaro. La soluzione da preferire è quella che consente di collocare il minore nel contesto familiare più vicino a quello d'origine, valorizzando i legami già esistenti con la parentela più stretta<sup>7</sup>. A ben vedere, ciò è coerente con la stessa *ratio* della legge n. 184 del 1983, come modificata dalla l. 19 ottobre 2015, n. 173, che nel sancire il diritto del minore a crescere e essere educato nell'ambito della propria famiglia (art. 1), enuncia un principio cardine del diritto minorile, annoverabile tra gli interessi fondamentali della persona umana<sup>8</sup>. D'altra parte, il principio di continuità delle relazioni affettive trova fondamento anche in plurime carte internazionali e sovranazionali, essendo desumibile dal diritto al rispetto della vita privata e familiare sancito dall'art. 8 CEDU; nonché dall'art. 20 della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, che sottolinea la necessità di tenere debitamente conto di una certa continuità nell'educazione del fanciullo, così come della sua origine etnica, religiosa, culturale e linguistica, sull'assunto

---

e l'accesso alle misure di sostegno volte a garantire il diritto allo studio e l'inserimento nell'attività lavorativa”.

- <sup>7</sup> Non a caso, la legge 29 luglio 2020, n. 107, nel modificare la l. n. 184 del 1983, ha integrato l'art. 2 con il comma 3-bis, secondo il quale i provvedimenti di affidamento a una comunità devono indicare espressamente le ragioni che non rendono possibile la permanenza del minore nel nucleo familiare d'origine, nonché dare conto dell'impossibilità di ricorrere all'affidamento a una famiglia. In passato, infatti, l'Italia è stata condannata dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo in relazione all'art. 8 CEDU proprio per aver interrotto in modo prolungato e senza adeguata ragione i rapporti tra il minore destinatario del provvedimento di affidamento e la madre in contrasto con lo scopo fondamentale dell'istituto che è il reinserimento nella famiglia d'origine (cfr. Corte Edu, 13 luglio 2000, n. 39221, *Scozzarri e Giunta c. Italia*, in [www.europa.curia.eu](http://www.europa.curia.eu)). Non solo, ma la scelta di affidare il minore ai parenti più stretti è in linea con la tendenza più generale dell'ordinamento interno e internazionale a valorizzare in maniera particolarmente rilevante il legame tra nipoti e nonni. Cfr. BIANCA, M., «Il diritto del minore all'amore dei nonni», *Riv. dir. civ.*, 2006, pp. 155 ss.; MEZZANOTTE, S., «Il rapporto nonni-nipoti: una relazione affettiva giuridicamente rilevante», *Giur. mer.*, 2008, pp. 1918 ss.; MAY, M.P., *Il peso degli affetti. Una ricerca sull'affido a parenti nella provincia di Milano*, Il Melograno, Milano, 2008; LOSCO, M., «Il lungo cammino per il riconoscimento del diritto alla continuità di positive relazioni affettive, per i minorenni in affido familiari dichiarati adottabili», *Psicologia&Giustizia*, 2018, pp. 1 ss.
- <sup>8</sup> In tema v. MORACE PINELLI, A., «Il diritto alla continuità affettiva affettiva dei minori in affidamento familiare. Luci e ombre della legge 19 ottobre 2015, n. 173», *Dir. fam. e pers.*, 2016, 2, pp. 303 ss.; CORDIANO, A., «Affidamenti e adozioni alla luce della legge sul diritto alla continuità affettiva», *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, pp. 255 ss.; MOROZZO DELLA ROCCA, P., «Sull'adozione da parte degli affidatari dopo la L. n. 173/2015», *Fam. e dir.*, 2017, pp. 602 ss.

che la comunità familiare, da intendere in senso ampio, sia fondamentale per lo sviluppo del fanciullo e, pertanto, debba essere assistita e protetta.

È chiaro, dunque, che l'affidamento del minore orfano *ex art. 4*, comma 5 *quinquies* rappresenti la soluzione da preferire rispetto all'affidamento a comunità di tipo familiare o a istituti di assistenza, una possibilità quest'ultima che i giudici devono valutare come del tutto residuale e da motivare adeguatamente (art. 2, commi 2 e 3 *bis*), proprio perché implica la perdita dei legami con i parenti<sup>9</sup>.

La disciplina testé descritta, per quanto sia apprezzabile per aver colto una rilevante esigenza di protezione di minori in condizioni di particolare vulnerabilità, solleva, tuttavia, una serie di rilevanti interrogativi che rischiano di pregiudicare l'effettività della tutela. Giova interrogarsi, innanzitutto, sulla disciplina applicabile all'istituto in esame, stante la laconicità della disposizione introdotta dalla novella. Non è chiaro, per esempio, quali siano i criteri che il giudice deve seguire nell'individuare i soggetti affidatari, soprattutto per ciò che riguarda la scelta del ramo parentale. Se, per un verso, in una logica simil-compensativa, sembrerebbe empaticamente preferibile favorire i parenti del ramo materno, in quanto anche loro vittime riflesse del reato di femminicidio; per altro verso, proprio il più forte coinvolgimento emotivo e psicologico di questi ultimi nella vicenda potrebbe non renderli le persone più idonee ad aiutare il minore a superare il trauma e a crescere in un contesto adeguato<sup>10</sup>. Non solo,

---

<sup>9</sup> In questa prospettiva, si ricorda, per completezza, che la riforma Cartabia (d.lgs. n. 149/2022) è intervenuta anche sulla disciplina sostanziale dell'affidamento con l'introduzione, all'interno della legge n. 184/1983, del nuovo art. 5 *bis*, che limita la possibilità di ricorrere all'affidamento ai servizi sociali al solo caso in cui il minore si trovi in una condizione di pregiudizio che richiede l'applicazione di una misura di limitazione della responsabilità genitoriale *ex art. 333 c.c.* e gli interventi di sostegno alla famiglia previsti dall'art. 1 si siano rivelati inefficaci o i genitori non abbiano collaborato alla loro attuazione. Così disponendo la riforma ha inteso circoscrivere fortemente l'ambito di applicazione dell'affidamento ai servizi sociali allo scopo di assicurare al massimo la conservazione del rapporto del minore con i propri genitori.

<sup>10</sup> Osserva MANCANIELLO, R., «Figli/e orfani/e per femminicidio e famiglie affidatarie. Il ruolo educativo del tutor familiare nel complesso intreccio tra traumi, diritti e bisogni di sviluppo», *Rivista italiana di educazione familiare*, 2022, pp. 129 ss.: i familiari della mamma si trovano anche loro a dover «gestire il proprio dolore ed a elaborare il proprio lutto, spesso senza sostegni che permettano almeno di sapere come definire una diversa e più appropriata relazione e affettiva, emotiva e, comunque, educativa. Un ruolo inedito, forse anche tutto da costruire (...)».



tale scelta potrebbe pregiudicare gli interessi dei parenti del ramo paterno in contrasto con il principio di continuità degli affetti, soprattutto nella prospettiva di una possibile futura richiesta di adozione da parte dei soggetti affidatari, considerato che l'adozione determina la recisione di qualsiasi legame parentale del minore (in questo caso con i parenti del ramo paterno), con tutte le conseguenze giuridiche anche in punto di diritti successori (art. 27, comma 3)<sup>11</sup>.

Ma vi è di più. Particolarmente delicata è poi la questione del corretto inquadramento dell'affidamento ex art. 4, comma 5 *quinquies* in relazione agli istituti dell'affidamento e dell'adozione già disciplinati dalla legge n. 184/193, rispetto ai quali è oggi in corso un intenso dibattito interpretativo in sede dottrinale e giurisprudenziale<sup>12</sup>. La diffusione dell'orientamento giurisprudenziale favorevole a configurare forme di protezione più miti e flessibili, come l'adozione c.d. mite o l'adozione c.d. aperta, se, per un verso, valorizza l'interesse del minore alla conservazione dei rapporti con la famiglia d'origine, in linea con i principi predicati dalla Corte Edu; per altro verso, alimenta, però, una crisi di sistema, rendendo più incerti i

---

<sup>11</sup> Cfr. FINOCCHIARO, A., FINOCCHIARO M., *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento*, Giuffrè, Milano, 1984; CATTANEO, G., voce «Adozione», in *Dig. disc. priv.*, I, Torino, 1987, pp. 116 ss.; TRABUCCHI, A., voce «Adozione», in *Enc. giur.* Treccani, I, Torino, 1988, pp. 16 ss.; LENTI, L., «Introduzione. Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva», in ZATTI, P. (dir.), *Trattato di diritto di famiglia*, II, Milano, 2002, pp. 575 ss.; RECINTO, G., «Stato di abbandono morale e materiale del minore: dichiarazione e revoca dell'adottabilità», *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 1161 ss.; GIUSTI, A., «L'adozione dei minori di età», in BONILINI, G. (dir.), *Trattato di diritto di famiglia*, IV, *La filiazione e l'adozione*, Torino, 2016, pp. 3890 ss.; BENANTI, C., «L'adozione piena del figlio del partner dello stesso sesso, pronunciata all'estero, è efficace in Italia, nel superiore interesse del minore», in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, pp. 725 ss.; BARBA, V., «Unione civile e adozione», *Fam. e dir.*, 2017, pp. 381 ss.; RENNA, M., «Forme dell'abbandono, adozione e tutela del minore», in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 1361 ss.; BATTELLI, E., «Il diritto del minore alla famiglia tra adottabilità, e adozione, alla luce della giurisprudenza CEDU», *Dir. fam. e pers.*, 2021, p. 838 ss.; CARAPEZZA FIGLIA, G., CIPRIANI, N., FREZZA, G., PERLINGIERI, G., VIRGADAMO, P., *Manuale di diritto di famiglia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, pp. 157 ss.; CIPRIANI, N., «Le adozioni», in CORDIANO, A., SENIGAGLIA, R., *Diritto civile minorile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022, p. 327 ss.

<sup>12</sup> In argomento v. LONG, J., «La conservazione dei legami nell'affidamento e nell'adozione: una prospettiva europea», *Minori giustizia*, 2014, pp. 20 ss.; CIRILLO, S., «L'affido familiare: misura alternativa all'istituto o all'adozione?», *Minori giustizia*, 2015, pp. 17 ss.; MOROZZO DELLA ROCCA, P., «Sull'adozione da parte degli affidatari dopo la legge n. 173/2015», cit., pp. 602 ss.; CORDIANO, A., «Affidamenti e adozioni alla luce della legge sulla continuità affettiva», cit., p. 256 ss.

confini tra gli istituti in esame. La richiamata tendenza interpretativa realizza una ibridazione delle tecniche di tutela dei minori che complica inevitabilmente anche l'inquadramento dell'istituto dell'affidamento dei minori orfani.

### 3. La famiglia del minore orfano tra affidamento e adozione: aspetti di criticità

Al fine di analizzare la questione interpretativa da ultimo trattata, merita soffermarsi, preliminarmente, sull'istituto dell'affidamento familiare in generale.

L'art. 2 della legge n. 184/1983 definisce l'affidamento come uno strumento volto a sopperire alla temporanea carenza di un ambiente familiare idoneo per la prole, ogniqualvolta la famiglia d'origine non sia in grado di garantire un'adeguata assistenza morale e materiale<sup>13</sup>. Il minore in tale situazione può essere affidato a una famiglia (preferibilmente con figli minori), o a una persona singola, in grado di assicurare il mantenimento, l'istruzione e le relazioni affettive di cui egli ha bisogno. In questa logica, l'istituto in esame, distinguendosi nettamente dall'adozione piena, non implica il venir meno dei legami con i genitori biologici; bensì offre una collocazione temporanea al minore per consentire la sua crescita in un contesto più idoneo, in attesa che la famiglia d'origine torni a essere o divenga un ambiente adeguato. È ben vero che, spesso, nella prassi, l'applicazione dell'affidamento va ben oltre la funzione temporanea assegnatagli dalla legge, per il frequente manifestarsi della necessità di prorogare il periodo di affido oltre il limite legale dei ventiquattro mesi, previa verifica giudiziale che *“la sospensione dell'affidamento rechi pregiudizio al minore”* (art. 4, comma 4). Ma ciò non snatura la *ratio* dell'istituto. D'altra parte, ferme restando le differenze in punto di attivazione dell'istituto a seconda che vi sia il consenso o meno dei genitori del

---

<sup>13</sup> Cfr. FERRANDO, G., «Affidamento dei figli», in *Enc. dir.*, Agg., I, Milano, 1997; VERCELLONE, P., «L'affidamento», in ZATTI, P., *Trattato di diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2002, VI, pp. 140 ss.; DANOVÌ, F., «Affidamento familiare, interesse del minore e discrezionalità giudiziale», *Fam. e dir.*, 2019, pp. 1118 ss.; PINACE MORELLI, A., «Note sparse intorno a una riforma del procedimento per l'affidamento dei minori», in *Dir. fam. e pers.*, 2021, pp. 1490 ss.

minore, il provvedimento di affidamento deve recare l'indicazione, oltre delle motivazioni, dei tempi e dei modi di esercizio dei poteri riconosciuti all'affidatario, anche delle modalità attraverso le quali i genitori o gli altri componenti del nucleo familiare possono mantenere rapporti con il minore (art. 4, comma 3). Tanto è, appunto, funzionale al futuro reinserimento del minore nella famiglia d'origine, con la quale, peraltro, i soggetti affidatari devono assicurare continuità di rapporti nel corso della durata dell'affido. In questa stessa prospettiva, si spiegano le disposizioni che sanciscono il dovere degli affidatari di provvedere al mantenimento, all'istruzione e all'educazione del minore *“tenendo conto delle indicazioni dei genitori”*, sempre che non siano decaduti dalla responsabilità genitoriale (art. 5, comma 1). Il consenso dei genitori rimane, oltretutto, necessario per l'assunzione delle decisioni maggiormente incisive nella sfera personale del minore sotto il profilo scolastico e sanitario.

Da ultimo, è utile segnalare che, anche per effetto della riforma del 2015, un provvedimento caratterizzato da finalità temporanee come l'affidamento familiare può, comunque, tradursi in un provvedimento di adozione, qualora la famiglia d'origine non riesca a (ri)costituire un idoneo ambiente familiare. Nel qual caso, previa dichiarazione giudiziale dello stato di adottabilità (art. 8), gli affidatari possono chiedere di adottare il minore. Il principio della continuità degli affetti, avendo valenza trasversale, consente, infatti, che la famiglia affidataria venga privilegiata nella scelta: ai sensi dell'art. 4, comma 5-bis, il tribunale per i minorenni deve decidere tenendo conto anche *“dei legami affettivi significativi”*, nonché *“del rapporto stabile e duraturo”*, nel frattempo *“consolidatosi tra il minore e la famiglia affidataria”*.

Quanto sin qui osservato circa la funzione e le caratteristiche dell'istituto dell'affidamento familiare dovrebbe già essere sufficiente a suscitare perplessità rispetto alla effettività della tutela assicurata dal provvedimento di affidamento *ex art. 4, comma 5 quinquies*, legge n. 184/1983. Se l'affidamento familiare serve a offrire una famiglia temporanea al minore in attesa che la famiglia d'origine divenga un ambiente idoneo alla sua crescita, non si capisce come questa stessa situazione possa sussistere nel caso del minore orfano per crimini domestici. Quest'ultimo, a ben vedere, non si trova temporaneamente privo di un contesto familiare idoneo, ma ha definitivamente perso la propria famiglia d'origine. È chiaro, infatti, che anche laddove il padre autore del reato non si tolga la vita, deve scontare, verosimilmente, una

misura cautelare prima e una pena detentiva poi, e, quindi, non è nelle condizioni materiali, oltre che morali, di occuparsi del/la figlio/a. Non solo, ma anche per il futuro è difficile ipotizzare che possa essere considerato soggetto idoneo a esercitare le funzioni genitoriali, considerata la particolare gravità delle condotte tenute. È vero che il provvedimento di decadenza, pur essendo a tempo indeterminato, può essere superato in ogni momento attraverso la domanda di reintegrazione nella responsabilità, ove si dimostri il venir meno dei presupposti che avevano determinato la decisione. Ma è anche vero che, nei casi in esame, la decadenza trova giustificazione in condotte le quali costituiscono fonte di indubbio rischio di pregiudizio per gli interessi morali e materiali della prole, tali da indurre a reputare quel soggetto inidoneo anche per il futuro a esercitare la responsabilità genitoriale<sup>14</sup>. In altri termini, nei casi in esame, difetta il presupposto della temporaneità della esigenza per la quale è ammessa ordinariamente l'attivazione del procedimento di affidamento. Il minore orfano abbisogna di una collocazione stabile e definitiva.

Probabilmente l'apparente contraddizione tra la funzione tipica dell'affidamento e la situazione del minore orfano si stempera ove si concepisca l'affidamento *ex art. 4, comma 5 quinquies*, legge n. 184/1983 come un istituto che si colloca a metà strada tra l'affidamento familiare e l'adozione. L'obiettivo sembra quello di garantire al minore una dimensione familiare vicina a quella d'origine in cui superare il trauma e crescere serenamente, ma senza la formale ricostituzione delle figure genitoriali. In altri termini, si tratterebbe di una forma di tutela più leggera in linea con i principi di mitezza enunciati dalla giurisprudenza europea. Peraltro, la flessibilità di tale istituto sembra renderlo adattabile anche alla situazione in cui il padre omicida non si sia tolto la vita, nella prospettiva in cui sia possibile, se non il riacquisto della responsabilità genitoriale, quanto meno la continuità degli affetti, purché ciò realizzi l'interesse del minore. Non ultimo, il profilo della temporaneità potrebbe essere implicitamente recuperato ipotizzando che l'affidamento offra al minore una collocazione temporanea in vista della sua adozione da parte degli stessi soggetti affidatari o eventualmente di soggetti diversi. Ma tale soluzione interpretativa non appare persuasiva, in quanto finirebbe per sovrapporre indebitamente

---

<sup>14</sup> Naturalmente, un problema di affidamento non si pone neppure nel diverso caso in cui l'autore del reato non sia anche il padre del/la bambino/a, a condizione che un padre naturale vi sia e possa prendersi cura di lui/lei.

l'affidamento in commento con l'affidamento pre-adoattivo inserito all'intero del procedimento di adozione *ex artt.* 22-24.

Le perplessità non finiscono se si considera che non è chiaro neppure come l'affidamento in esame si rapporti alla disciplina generale dell'affidamento familiare, benché l'inserimento del comma 5-*quinquies* all'interno dell'art. 4 lasci supporre che detta disciplina possa completare la regolamentazione dell'affidamento dell'orfano.

Altrettanto incerto, infine, è il coordinamento tra l'affidamento *ex art.* 4, comma 5 *quinquies* e l'adozione. Per un verso, non è chiaro quale sia il criterio che deve orientare il giudice nello scegliere tra l'affidamento ai parenti più stretti e l'adozione. Si ricorda che la stessa definizione del presupposto legale dell'adozione, rappresentato dallo "stato di abbandono", è recentemente oggetto di un intenso dibattito interpretativo, atteso che la sua rigidità non consente di ricomprendere al suo interno tutte le possibili situazioni in cui si renda necessario offrire al minore un nuovo rapporto di filiazione<sup>15</sup>. In questa direzione, basti ricordare le pronunce volte a interpretare estensivamente la situazione di "impossibilità di affidamento pre-adoattivo", che costituisce il presupposto dell'adozione c.d. mite (art. 44, lett. d)), proprio allo scopo di sfuggire alla rigidità delle maglie della disciplina dell'adozione piena<sup>16</sup>.

Per altro verso, se non è da escludere che anche l'affidamento del minore orfano possa tradursi in una richiesta di adozione da parte dei

---

<sup>15</sup> In tema v. BATÀ, A., SPIRITO, A., «Semiabbandono permanente e adozione mite», *Fam. e dir.*, 2003, 9, pp. 301 ss.; LONGO, F., «Stato di abbandono del minore: una nozione da rimeditare?», *Fam. e dir.*, 2010, pp. 695 ss.; ASTIGGIANO, F., «Riflessioni in tema di stato di abbandono del minore», *Fam. e dir.*, 2013, p. 168 ss.; RENNA, M., «Forme dell'abbandono, adozione e tutela del minore», *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, pp. 1366 ss.; MOROZZO DELLA ROCCA, P., «Abbandono e semiabbandono del minore nel dialogo tra CEDU e corti nazionali», *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 830 ss.

<sup>16</sup> Cfr. Trib. Min. Bari, 7 maggio 2008 (Pres. F. Occhiogrosso), in *Fam. e dir.*, 2009, pp. 393, con nota di CAFFARENA, S., «L'adozione "mite" e il "semiabbandono": problemi e prospettive»; Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Foro it.*, 2016, 7/8, pp. 2360 ss., con nota di CASABURI, G., «L'adozione omogenitoriale e la Cassazione: il convitato di pietra»; Cass., 13 febbraio 2020, n. 3643, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, pp. 830 ss., con nota di MOROZZO DELLA ROCCA, P., «Abbandono e semiabbandono del minore nel dialogo tra CEDU e corti nazionali»; Cass., 22 novembre 2021, n. 35840, in *Fam. e dir.*, 2022, pp. 777 ss., con nota di FIGONE, A., «Il definitivo riconoscimento dell'adozione mite»; Cass., 5 aprile 2022, n. 10989, in *Riv. dir. fam.*, 2022, p. 234 ss.; Cass., 6 giugno 2022, n. 18071, in *Dir. fam. e pers.*, 2022, 4, pp. 1337 ss., con nota di FAZZERI, G., «Adozione mite e piena: quale tutela per i minori?».

soggetti affidatari, quest'ultima opportunità sembrerebbe preclusa per le persone single. Poiché l'art. 4, comma 5 *quinquies* non prescrive che l'affidamento del minore debba essere necessariamente disposto a favore di parenti in coppia, ben potrebbe accadere che il parente più stretto e idoneo sia una persona single. Ma lo stesso discorso potrebbe valere per una coppia priva dei requisiti anagrafici del pari richiesti dall'art. 6 della legge n. 184/1983 ai fini dell'adozione. Tornano così a emergere i profili di criticità, sul piano dell'eguaglianza, della disciplina attuale dell'adozione. Criticità ancora più rilevanti se si riflette sulla rigidità dei presupposti dell'istituto dell'adozione anche rispetto agli effetti descritti dall'art. 27, comma 3, cioè alla perdita di rapporti con la famiglia d'origine. Come evidenziato da recente giurisprudenza, tale rilevante conseguenza non sempre assicura l'effettivo interesse del minore: *«la recisione dei legami con i nuclei familiari originari, pur essendo frequentemente necessaria, non sempre è criterio adeguato per fornire una tutela sostitutiva ed effettiva alle situazioni dolorose generate da forme di violenza familiare ed assistita»*<sup>17</sup>.

Potrebbe essere obiettato che, in casi come quelli in esame, la ricordata interpretazione evolutiva dell'adozione in casi particolari *ex* art. 44, lett. d) offra una soluzione idonea a tutelare efficacemente il legame consolidatosi durante il periodo di affidamento tra il minore e i soggetti affidatari in questione. Tuttavia, anche ove si condivida siffatta opzione interpretativa, si dovrà comunque prendere atto che, allo stato attuale, l'adozione c.d. mite non produce i medesimi effetti della adozione piena, nonostante l'interpretazione prospettata dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 79/2022<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Cfr. Cass., 5 gennaio 2023, n. 230, in [www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it), con nota di SARTORIS, C., «Il sistema dell'adozione dei minori al vaglio della Corte Costituzionale»; in *Fam. e dir.*, 2023, 5, p. 397 ss., con nota di RIZZUTI, M., «Dall'adozione mite ad un'adozione piena ma aperta?»: «l'art. 27, c. 3 della legge n. 184/1983 (...) costituisce un esempio paradigmatico di norma apertamente contrastante con la necessità di valutare in concreto il preminente interesse del minore». L'inderogabilità di tale disposizione è reputata in contrasto con gli artt. 2, 3 Cost., nonché 117 Cost. da leggere con riferimento all'art. 8 CEDU e agli artt. 3 e 21 della Convenzione dei diritti del fanciullo.

<sup>18</sup> Cfr. Corte Cost., 28 marzo 2022, n. 79, in *Fam.*, 2022, pp. 349 ss., con nota di BIANCA, M., «La Corte costituzionale e il figlio di coppia omoaffettiva. Riflessioni sull'evoluzione dei modelli di adozione»; in *Fam. e dir.*, 2022, pp. 897 ss., con nota di SESTA, M., «Stato giuridico di filiazione dell'adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali»; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, pp. 1021 ss., con nota di CINQUE, M., «Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità».

#### 4. Profili successori: indegnità a succedere e sospensione dalla successione

Maggiormente effettiva appare, invece, la protezione assicurata dalle norme in materia successoria. La tutela del minore orfano per crimini domestici trova completamento, sempre sul piano civilistico, con la previsione di rilevanti conseguenze in punto di diritto successorio, rappresentate dalle modifiche alla disciplina della incapacità a succedere e dall'introduzione dello strumento della sospensione dalla successione.

Entrambi gli istituti menzionati sono accomunati da una medesima esigenza. Per comprenderla, occorre muovere da un dato. In base alle regole generali sulla successione, alla morte della madre, il figlio concorre nel patrimonio ereditario con l'altro genitore in virtù della loro qualità di legittimari. Nei casi di femminicidio per mano del padre-marito, tuttavia, l'idea che il figlio concorra nella successione con l'autore di tale grave reato ripugna indubbiamente alla coscienza sociale. Ciononostante, fino alla legge n. 4/2018, non era così semplice evitare siffatta situazione. In questi frangenti poteva certamente operare la sanzione civilistica della indegnità a succedere<sup>19</sup>, ma la sua applicazione presupponeva lo svolgimento di un apposito e autonomo procedimento civile diretto a ottenere una sentenza che dichiarasse il colpevole del reato escluso dalla successione della vittima. Tanto significava che, in pendenza del procedimento e fintanto che non intervenisse tale sentenza, il soggetto colpevole del reato conservava la capacità di succedere, quindi poteva succedere e accettare l'eredità della vittima, nonché disporne.

---

<sup>19</sup> Cfr. BARBERO, D., «Natura giuridica dell'indegnità a succedere», *Foro pad.*, 1950, pp. 843 ss.; SALIS, L., «Indegnità a succedere», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, pp. 928 ss.; NARDI, E., «Indegnità (diritto romano)», in *Noviss. dig. it.*, Utet, Torino, 1962; SALVESTRONI, U., *Il problema dell'indegnità a succedere*, Cedam, Padova, 1970; BOSETTI, F. G., «L'indegnità a succedere: un'ipotesi di 'pena privata?'», in BUSNELLI, F.D., SCALFI, G., (dir.), *Le pena private*, Milano, 1985, pp. 229 ss.; RUPERTO, C., «Indegnità a succedere», in *Enc. giur.* Treccani, XVI ed., Roma, 1997, pp. 83 ss.; MOSCATI, E., «L'indegnità», in *Trattato Rescigno*, 5, *Successioni*, Utet, Torino, 1997, pp. 93 ss.; OMODEI SALÉ, R., «Indegnità a succedere», in *Dig. disc. priv.*, Agg. II, Utet, Torino, 2007, pp. 681 ss.; CALVO, R., «L'indegnità», in CALVO, R., PERLINGIERI, G. (dir.), *Diritto delle Successioni*, I, Napoli, 2008, pp. 113 ss.; NATALE, A., «L'indegnità a succedere», in BONILINI, G. (dir.), *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni. La successione ereditaria*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 463 ss.; ALBANESE, A., «Dell'indegnità», in SESTA, M. (dir.), *Codice della famiglia*, I, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 1905 ss.

La legge n. 4/2018 è intervenuta proprio per correggere la descritta stortura, rendendo automatica l'applicazione della sanzione dell'indegnità a succedere in modo da impedire il possibile concorso del figlio della donna con il padre colpevole del reato. Il nuovo art. 537 *bis* c.p.p. prevede che nel pronunciare la sentenza di condanna per uno dei fatti di cui all'art. 463 c.c., cioè per uno dei fatti che costituiscono causa di indegnità a succedere, "il giudice [penale] dichiara l'indegnità del imputato a succedere". La sanzione è, dunque, irrogata direttamente dal giudice penale senza bisogno di avviare un autonomo processo civile<sup>20</sup>.

A questo primo aspetto, se ne aggiunge un secondo. A ben vedere, il potenziale applicativo della disciplina in esame è destinato ad ampliarsi ulteriormente se si considera che tra i fatti idonei a escludere un soggetto dalla successione del *de cuius* l'art. 463, n. 1, c.c. menziona non solo l'omicidio volontario consumato, ma anche quello solo tentato ("1) *chi ha volontariamente ucciso o tentato di uccidere la persona della cui successione si tratta (...)*"). Questo significa che il provvedimento di indegnità a succedere può essere dichiarato dal giudice penale non solo in sede di accertamento dell'omicidio consumato e, quindi, a seguito della morte della vittima, ma anche in sede di accertamento del tentativo di omicidio e, quindi, a prescindere dalla morte della vittima, o meglio, in un momento antecedente all'apertura della sua successione. Ebbene, come è stato autorevolmente osservato in dottrina, la lettura congiunta e sistematica dell'art. 463, n. 1, c.c. e del nuovo art. 537 *bis* c.p.c. permette di supporre che l'indegnità a succedere, lungi dal costituire solo una sanzione *ex post*, cioè una causa di esclusione dei diritti successori del soggetto chiamato a succedere, si traduca, nelle fattispecie di tentato omicidio, in una ipotesi di sostanziale incapacità a succedere, perché impedisce all'autore del reato di essere chiamato a succedere<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> In tema v. BUSANI, A., CURRAO, A., «Sospensione dalla successione e indegnità a succedere dichiarata dal giudice penale», *Not.*, 2020, pp. 145 ss.; OLIVIERO, F., «'Sospensione dalla successione' e indegnità: a proposito dell'art. 5, legge 11 gennaio 2018, n. 4», *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, pp. 310 ss.; SICCHIERO, G., «L'indegnità a succedere prima e dopo la novella del 2018», *Giur. it.*, 2020, pp. 54 ss.; TOTI, B., «Le recenti novità in materia di indegnità a succedere», *Dir. succ. fam.*, 2020, pp. 207 ss.

<sup>21</sup> Cfr. OMODEI SALÉ, R., «Il nuovo istituto della 'Sospensione dalla successione' (art. 463 bis, c.c.)», *Riv. dir. civ.*, 2019, pp. 1169-1170; BUSANI, A., CURRAO, A., *op. cit.*, pp. 146 ss.



Ma vi è di più. La legge n. 4/2018 è intervenuta nella disciplina successoria anche sotto un altro punto di vista, logicamente antecedente a quello della sanzione dell'indegnità a succedere. Il riferimento è alla modifica al codice civile con cui è stato introdotto l'art. 463 *bis* c.c. rubricato "Sospensione dalla successione"<sup>22</sup>. La *ratio* del nuovo istituto è sempre quella di impedire il rischio di concorso nella successione della donna tra il minore orfano e il padre colpevole dell'omicidio. La peculiarità consiste nel fatto che la disposizione si applica in via preventiva, o meglio, cautelare. La successione del soggetto indagato rimane, infatti, sospesa durante tutta la pendenza del processo penale a partire dal momento in cui si apre l'indagine<sup>23</sup> per il reato di omicidio volontario commesso o tentato nei confronti del coniuge (anche legalmente separato) o dell'altra parte dell'unione civile; inoltre, la disposizione si applica anche quando il soggetto è indagato per i medesimi fatti anche nei confronti di uno o di entrambi i genitori o di uno fratello/sorella. L'indagato rimane sospeso dalla successione fino alla pronuncia del decreto di archiviazione o della sentenza definitiva di proscioglimento. Nel caso in cui, invece, intervenga la sentenza di condanna, l'effetto sospensivo si consolida e il colpevole viene escluso definitivamente dalla successione per indegnità in forza del combinato disposto dell'art. 537 *bis* c.p.p. e dell'art. 463 c.c.

---

<sup>22</sup> Cfr. RAMUSCHI, M., «La sospensione dalla successione ereditaria», *Vita not.*, 2018, pp. 986 ss.; OMODEI SALÉ, R., *op.cit.*, pp. 1145 ss.; OLIVIERO, F., *op. cit.*, pp. 310 ss.; MARTONE, I., «La 'sospensione dalla successione' tra vecchie e nuove questioni del diritto mortis causa», *Dir. succ. e fam.*, 2019, 1, pp. 143 ss.; BUSANI, A., CURRAO, A., *op.cit.*, pp. 145 ss.; GALLUZZO, F., «Sulla 'sospensione dalla successione' e sull'ammissibilità della giacenza parziale», *Dir. succ. fam.*, 2021, 1, pp. 67 ss.

<sup>23</sup> Parte della dottrina reputa che l'effetto sospensivo non si produca *ipso iure* al momento della iscrizione nel registro degli indagati, ma sia da ricollegare, secondo taluni, al momento in cui il pubblico ministero comunica detta iscrizione alla cancelleria del tribunale del circondario in cui è aperta la successione (cfr. RAMUSCHI, M., *op. cit.*, p. 974); secondo altri, al momento in cui il tribunale civile, sul quale grava l'obbligo di nominare il curatore dell'eredità *ex art.* 528 c.c., dichiara la sospensione e nomina il curatore (cfr. OLIVIERO, F., *op. cit.*, p. 313; SERAFIN, A.M., «*Indignus non potest capere?* Il nuovo art. 463 *bis* c.c. tra sospensione dalla successione e natura giuridica dell'indegnità», *Jus civile*, 2019, p. 464). Per la tesi dell'automaticità dell'effetto sospensivo a seguito della iscrizione nel registro degli indagati v. BUSANI, A., CURRAO, A., *op. cit.*, p. 149; ALBANESE, A., «Art. 463 *bis*», in DE MARZO, G. (dir.), *Codice civile commentato con dottrina e giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 581; VASCELLARI, M., «Art. 463 *bis*», in CIAN, G. (dir.), *Commentario breve al Codice civile*, Wolters Kluwer, Milano, 2018, pp. 575 ss.

L'art. 463 *bis* c.c. non chiarisce, tuttavia, quali siano gli effetti della sospensione dalla successione<sup>24</sup>. Parte della dottrina suggerisce di distinguere a seconda che sia intervenuta o meno l'accettazione dell'eredità da parte dell'indagato. Nell'ipotesi in cui l'iscrizione nel registro degli indagati intervenga prima della eventuale accettazione dell'eredità, sembra che non vi siano particolari dubbi nell'equiparare l'effetto dell'istituto in esame a quello di una chiamata sotto la condizione sospensiva che intervenga la sentenza di archiviazione o di proscioglimento. Tanto significa che, in pendenza del giudizio penale, all'indagato sospeso dalla successione viene preclusa la possibilità di esercitare il diritto di accettare l'eredità. Maggiormente delicata è, invece, l'ipotesi in cui l'accettazione sia intervenuta prima della iscrizione nel registro degli indagati. Tale situazione non è esplicitamente presa in considerazione dalla disposizione, ma, alla luce della sua *ratio*, è evidente che, in simile frangente, l'operatività dell'istituto sospensivo si rende ancora più urgente e rilevante. Per effetto dell'accettazione, invero, il chiamato diventa erede e acquista la disponibilità dei beni ereditari, assumendo una qualità, quella di erede appunto, che, è noto, ha il carattere della definitività e non revocabilità ("*semel heres semper heres*"). Sicché, l'unico modo per conservare significato e utilità pratica dell'istituto in esame è supporre che la sospensione operi anche in questa situazione non certo per inibire l'accettazione dell'eredità, che è già intervenuta, ma, quanto meno, per sospendere l'esercizio dei poteri di godimento e di disposizione sui beni ereditari derivanti da detta accettazione.

## **5. Riflessioni sul concetto di famiglia nella prospettiva dell'affidamento del minore orfano per crimini domestici**

Alla luce di quanto sin qui osservato, di là da talune criticità, ci pare che la riforma operata dalla legge n. 4/2018 si segnali positivamente per fornito una prima risposta alla necessità di apprestare una tutela mirata per i minori orfani per crimini domestici. Essa ha il merito di

---

<sup>24</sup> Sul punto si rinvia a BUSANI, A., CURRAO, A., *op. cit.*, pp. 150 ss.

aver individuato una nuova e specifica condizione di vulnerabilità, quella del minore orfano (c.d. orfano speciale), la cui tutela è garantita da una pluralità di norme a carattere interdisciplinare, da integrare necessariamente con supporti di tipo sociologico, psicologico, pedagogico.

A conclusione della presente riflessione, preme evidenziare un dato. L'affidamento *ex art. 4*, comma 5 *quinquies*, della legge n. 184/1983, pur nell'ambiguità delle sue caratteristiche e della sua disciplina, si presenta sicuramente come uno strumento flessibile, funzionale a offrire una dimensione familiare al minore rimasto orfano. Si è visto che a essere privilegiato è il rapporto con i parenti più stretti, in modo da non dover collocare il minore in un ambiente del tutto estraneo, con conseguente acuirsi del trauma dovuto alla lacerazione della famiglia d'origine. Inoltre, l'istituto in esame, in coerenza con il carattere generale della temporaneità, non preclude la possibilità che, al ricorrere del presupposto di legge, il minore venga dichiarato adottabile da parte degli stessi affidatari, preferibilmente, ovvero, da parte di una nuova famiglia che sostituisca quella d'origine.

Tali considerazioni, al netto delle criticità in precedenza individuate, inducono a ragionare sui riflessi che l'istituto in esame produce sugli attuali confini del concetto di famiglia. La famiglia affidataria si presenta come un contesto familiare allargato<sup>25</sup> in cui far

---

<sup>25</sup> Osserva SCALISI, V., «'Famiglia' e 'Famiglie' in Europa», *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 21: "colta dal punto di vista delle persone che vi danno vita, 'famiglia' è anzitutto e fondamentalmente rapporto di necessaria 'alterità' e intrinseca 'relazionalità', prescindente in quanto tale da ogni datità naturalistica, biologica o anche soltanto formale e invece esprime una condizione affettiva e solidaristica di vita dei suoi membri, scissa da ogni individualistica 'egoità' e in quanto tale essenzialmente poggiante su ciò che è il *proprium* dell'*humanum*, ossia la spiritualità, luogo primario del dispiegamento di ogni strutturale relazionalità". Inoltre, nelle società più arcaiche la nozione di famiglia era tradizionalmente intesa in senso allargato coincidendo con una cerchia piuttosto ampia di soggetti accomunati dalla medesima discendenza. Si assisteva, quindi, a una sostanziale sovrapposizione tra le nozioni di famiglia e di parentela. Nelle società moderne, invece, caratterizzate da una concezione della famiglia sempre più fluida e conformabile dalla libera autodeterminazione dei singoli, quella sovrapposizione non è più proponibile. Ma certo il raffronto con le esperienze di altri ordinamenti lontani nel tempo si rivela proficuo ai presenti fini rappresentando la famiglia affidataria una famiglia allargata coincidente con un gruppo di soggetti legati da vincoli di parentela. Cfr. BARCELLONA, P., «Famiglia (diritto civile)», in *Enc. dir.*, XVI, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 787 ss.; CICCARELLO, S., «Parentela (diritto civile)», in *Enc. dir.*, XXXI, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 586 ss.; SCHWARZENBERG, C., «Parentela (diritto civile), Storia», in *Enc. dir.*, XXXI, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 639 ss.; DOGLIOTTI, M., «Famiglia

crescere serenamente il minore, ma senza la formale ricostituzione delle figure genitoriali e l'instaurazione dello *status filiationis*. Il carattere allargato della famiglia affidataria si percepisce anche in relazione al particolare modo in cui si atteggia il rapporto tra questa e il minore, in quanto il provvedimento di affidamento implica il coinvolgimento di una pluralità di soggetti ulteriori. Gli affidatari, invero, nell'esercitare le funzioni genitoriali non sono del tutto liberi, ma devono coordinarsi con i giudici, con i servizi sociali e con gli eventuali professionisti psicologi il cui intervento sia necessario. Ma, soprattutto nei casi qui in esame, gli affidatari si devono rapportare con il padre, detenuto in carcere o comunque decaduto da responsabilità genitoriale. Quest'ultimo è senz'altro il profilo più delicato della vicenda in esame, non solo sul piano psicologico, benché il legislatore non lo abbia esplicitamente preso in considerazione. Per convincersene basta considerare che, nella maggior parte dei casi, il genitore in questione, pur essendo decaduto da responsabilità genitoriale, non è del tutto estromesso dalla vita del/la figlio/a, viene solamente escluso dall'esercizio dei poteri afferenti alla responsabilità genitoriale<sup>26</sup>. Questo implica che la famiglia affidataria debba necessariamente svolgere anche un'opera di intermediazione tra quel genitore e il minore, sempre che ciò non pregiudichi il superiore interesse del minore.

Quanto sin qui osservato conferma la flessibilità dell'istituto dell'affidamento, che si presta a modularsi in forme via via diverse, in funzione dei bisogni quotidiani della vita dei bambini e delle famiglie. Come è stato autorevolmente osservato, l'affidamento oggi presenta «*la veste di intervento multiforme, caratterizzato da una forte relazionalità perché molti sono gli attori coinvolti nell'azione di sostegno alle famiglie*»<sup>27</sup>.

---

(dimensioni della)», in *Dig. disc. priv.*, Utet, Torino, 1992, pp. 177 ss.; AULETTA, T., «Dal code civil del 1804 alla disciplina vigente: considerazioni sugli itinerari del diritto di famiglia», *Fam.*, 2005, pp. 405 ss.; ROSSI, F.G., «Problemi attuali della nozione di parentela e famiglia», *Rass. dir. civ.*, 2005, pp. 693 ss.; DEL PRATO, E., «Matrimonio, famiglia, parentela: prospettive di inizio secolo», in *Studi in onore di Antonio Palazzo*, Utet, Torino, 2009, pp. 227 ss.; PORCELLI, M., «La famiglia al plurale», *Dir. fam e pers.*, 2014, pp. 1248 ss.

<sup>26</sup> L'art. 5, comma 2, l. n. 184 del 1983 prescrive che anche nei casi di decadenza o limitazione della responsabilità genitoriale i servizi sociali hanno lo specifico compito di agevolare i rapporti con la famiglia di provenienza così da preservare la continuità degli affetti con quest'ultima.

<sup>27</sup> Così THIENE, A., «Gli affidamenti», in CORDIANO, A., SENIGAGLIA, R., *Diritto civile minorile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022, pp. 317.

La particolare configurazione che assume la famiglia affidataria è del tutto meritevole di considerazione e di tutela, oltre che di supporto anche economico, da parte dell'ordinamento giuridico e, d'altro canto, risulta perfettamente coerente con la più generale evoluzione della nozione di famiglia. Quest'ultima, nelle moderne società, va intesa non più in senso unitario e singolare, bensì in senso ampio e plurale<sup>28</sup>. Tale esito costituisce il frutto non solo della evoluzione della sensibilità e dei costumi sociali, ma anche del riconoscimento, in ambito giuridico, del progressivo ampliamento dello spazio della libera determinazione dei singoli e, quindi, della centralità della persona, anche e soprattutto del minore di età, nonché dei suoi rapporti affettivi<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Sul punto si vedano le riflessioni di: PERLINGIERI, P., «Sulla famiglia come formazione sociale», in ID (dir.), *Rapporti personali nella famiglia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1982; BUSNELLI, F.D., «La famiglia nella cultura giuridica europea», *Rass. dir. civ.*, 1986, pp. 148 ss.; DOGLIOTTI, M., *op. cit.*, pp. 177 ss.; AULETTA, T., *op. cit.*, pp. 405 ss.; URSO, E., «Il diritto di famiglia nella prospettiva 'europea'», in BRUNETTA D'USSEAU, F. (dir.), *Il diritto di famiglia nell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2005, pp. 546 ss.; BALESTRA, L., «L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive», *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, pp. 1105 ss.; SCALISI, V., «'Famiglia' e 'Famiglie' in Europa», *op. cit.*, pp. 7 ss.; ID., «Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia ad oggi, parte I, Dalla 'famiglia-istituzione' alla 'famiglia comunità': centralità del 'rapporto' e 'primato della persona'», *Riv. dir. civ.*, 2013, I, pp. 1043 ss.; PORCELLI, M., *op. cit.*, pp. 1248 ss.; PARENTE, F., «Realtà sociale e pluralizzazione dei modelli di organizzazione familiare», *Rass. dir. civ.*, 2015, pp. 1217 ss.; SCHLESINGER, P., «Quarant'anni di riforme del diritto di famiglia», *Fam. e dir.*, 2015, pp. 969 ss.; GORASSINI, A., «Il nuovo ordine della famiglia nella società del terzo millennio», in BUSACCA, A. (dir.), *La famiglia all'imperfetto?*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, pp. 15 ss.; PICARO, R., «Le famiglie e la loro regolazione», *Rass. dir. civ.*, 2017, pp. 1419 ss.; WINKLER, S., «Il diritto di famiglia!» in BENACCHIO, G.A., CASUCCI, F. (dir.), *Temi e Istituti di Diritto Privato dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2017; BARBA, V., «Trasformazioni della famiglia e successioni mortis causa», *Riv. dir. priv.*, 2017, pp. 513 ss.

<sup>29</sup> Osserva SCALISI, V., *op. cit.*, p. 9: la famiglia "quale ente esplicito della persona (...) è già di per sé 'categoria plurale' in quanto riflettente il pluralismo insito nella stessa persona umana, quale energia vivente assiologicamente polarizzata e a complessità crescente che concentra dentro di sé tutte le sfere della realtà empiricamente data, e quindi una molteplicità assai vasta e una varietà amplissima di esigenze, bisogni, interessi, da quelli più elementari a quelli di grado via via più elevato di ordine razionale e spirituale. La famiglia, quale funzione della persona, non può non riflettere anch'essa siffatta realtà varia e complessa, molteplice e plurale, e conseguentemente assumere conformazioni e atteggiamenti non traducibili in un unico e ripetitivo e costante modello organizzativo".

## Bibliografia

AL MUREDEN, E., «La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari!», *Fam. e dir.*, 2014, pp. 466 ss.

ALBANESE, A., «Dell'indegnità», in SESTA, M. (dir.), *Codice della famiglia*, I, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 1905 ss.

ALBANESE, A., «Art. 463 bis», in DE MARZO, G. (dir.), *Codice civile commentato con dottrina e giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 581.

ASTIGGIANO, F., «Riflessioni in tema di stato di abbandono del minore», *Fam. e dir.*, 2013, p. 168 ss.

AULETTA, T., «Dal code civil del 1804 alla disciplina vigente: considerazioni sugli itinerari del diritto di famiglia», *Fam.*, 2005, pp. 405 ss.

BALDRY, A.C., *Dai maltrattamenti all'omicidio. La valutazione del rischio di recidiva e dell'uxoricidio*, Franco Angeli, Milano, 2016.

BALDRY, A.C., FERRARO, E., *Uomini che uccidono. Cause, storie e investigazioni*, Centro Scientifico Editore, Torino, 2010.

BALESTRA, L., «L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive», *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, pp. 1105 ss.

BARBA, V., «Trasformazioni della famiglia e successioni mortis causa», *Riv. dir. priv.*, 2017, pp. 513 ss.

BARBA, V., «Unione civile e adozione», *Fam. e dir.*, 2017, pp. 381 ss.

BARCELLONA, P., «Famiglia (diritto civile)», in *Enc. dir.*, XVI, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 787 ss.

BENANTI, C., «L'adozione piena del figlio del partner dello stesso sesso, pronunciata all'estero, è efficace in Italia, nel superiore interesse del minore», in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, pp. 725 ss.

BUSANI, A., CURRAO, A., «Sospensione dalla successione e indegnità a succedere dichiarata dal giudice penale», *Not.*, 2020, pp. 145 ss.

BARBERO, D., «Natura giuridica dell'indegnità a succedere!» *Foro pad.*, 1950, pp. 843 ss.

BATÀ, A., SPIRITO, A., «Semiabbandono permanente e adozione mite», *Fam. e dir.*, 2003, 9, pp. 301 ss.

BIANCA, M., «La Corte costituzionale e il figlio di coppia omoaffettiva. Riflessioni sull'evoluzione dei modelli di adozione», *Fam.*, 2022, pp. 349 ss.

BOSETTI, F. G., «L'indegnità a succedere: un'ipotesi di 'pena privata'?!», in BUSNELLI, F.D., STOLFI, G. (dir.), *Le pena private*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 229 ss.

BUSNELLI, F.D., «La famiglia nella cultura giuridica europea», *Rass. dir. civ.*, 1986, pp. 148 ss.

CAFFARENA, S., «L'adozione "mite" e il "semiabbandono": problemi e prospettive», *Fam. e dir.*, 2009, pp. 393 ss.

CALVO, R., «L'indegnità», in CALVO, R., PERLINGIERI, G. (dir.), *Diritto delle Successioni*, I, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008, pp. 113 ss.

CARAPEZZA FIGLIA, G., CIPRIANI, N., FREZZA, G., PERLINGIERI, G., VIRGADAMO, P., *Manuale di diritto di famiglia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, pp. 157 ss.;

CASABURI, G., «L'adozione omogenitoriale e la Cassazione: il convitato di pietra», *Foro it.*, 2016, 7/8, pp. 2360 ss.

CICCARELLO, S., «Parentela (diritto civile)», in *Enc. dir.*, XXXI, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 586 ss.

CINQUE, M., «Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità», *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, pp. 1021 ss.

CIPRIANI, N., «Le adozioni», in CORDIANO, A., SENIGAGLIA, R., *Diritto civile minorile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022, p. 327 ss.

CITARELLA, L., ZANGHÌ, C. (dir.), *Il diritto d'ascolto del minore*, Teseo Editore, Roma, 2009.

CORDIANO, A., «Affidamenti e adozioni alla luce della legge sul diritto alla continuità affettiva», *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, pp. 255 ss.

CUSINATO, M., *Psicologia delle relazioni familiari*, Il Mulino, Bologna, 1988.

DEL PRATO, E., «Matrimonio, famiglia, parentela: prospettive di inizio secolo», in *Studi in onore di Antonio Palazzo*, Utet, Torino, 2009, pp. 227 ss.

DOGLIOTTI, M., «Famiglia (dimensioni della)», in *Dig. disc. priv.*, Utet, Torino, 1992, pp. 177 ss.

FAZZERI, G., «Adozione mite e piena: quale tutela per i minori?», *Dir. fam. e pers.*, 2022, 4, pp. 1337 ss.

FIGONE, A., «Il definitivo riconoscimento dell'adozione mite», *Fam. e dir.*, 2022, pp. 777 ss.

GALLUZZO, F., «Sulla 'sospensione dalla successione' e sull'ammissibilità della giacenza parziale», *Dir. succ. fam.*, 2021, pp. 67 ss.

GIACOMELLI, L., «(Re)interpretando il best interests of the child: da strumento di giustizia sostanziale a mera icona linguistica?!, IN GIUFFRÉ, F., NICOTRA, I. (dir.), *La famiglia davanti ai suoi giudici, Atti del Convegno dell'Associazione 'Gruppo di Pisa' (Catania, 7-8 giugno 2013)*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, pp. 508 ss.

GORASSINI, A., «Il nuovo ordine della famiglia nella società del terzo millennio», in BUSACCA, A. (dir.), *La famiglia all'imperferito?*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, pp. 15 ss.

GORGONI, A., *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Giuffrè, Milano, 2017.

LAMARQUE, E., «Il principio del best interest of the child», *Minorigiustizia*, 2017, pp. 19 ss.

LA ROSA, E., «Art. 316 c.c.», in GABRIELLI, E. (dir.), *Commentario del codice civile*, II ed., Utet, Torino, 2018, pp. 613 ss.

LENTI, L., «Note critiche in tema di interesse del minore», *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 87 ss.

LENTI, L., «Responsabilità genitoriale», in MANTOVANI, M., «Il nuovo diritto della filiazione», in ZATTI, P. (dir.), *Trattato di diritto di famiglia, Le riforme, 2*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 375 ss.

LONGO, F., «Stato di abbandono del minore: una nozione da rimeditare?», *Fam. e dir.*, 2010, pp. 695 ss.

LUBERTI, R., PEDROCCO, B., *La violenza assistita intrafamiliare. Percorsi di aiuto per bambini che vivono in famiglie violente*, Franco Angeli, Milano, 2005.

MANCANIELLO, R., «Figli/e orfani/e per femminicidio e famiglie affidatarie. Il ruolo educativo del tutor familiare nel complesso intreccio tra traumi, diritti e bisogni di sviluppo», *Rivista italiana di educazione familiare*, 2022, pp. 129 ss.

MARTONE, I., «La 'sospensione dalla successione' tra vecchie e nuove questioni del diritto mortis causa», *Dir. succ. e fam.*, 2019, 1, pp. 143 ss.

MERLI, A., «Violenza di genere e femminicidio», *Dir. pen. cont.*, 2015, pp. 430 ss.

MORACE PINELLI, A., «Il diritto alla continuità affettiva affettiva dei minori in affidamento familiare. Luci e ombre della legge 19 ottobre 2015, n. 173», *Dir. fam. e pers.*, 2016, 2, pp. 303 ss.



MOROZZO DELLA ROCCA, P., «Sull'adozione da parte degli affidatari dopo la L. n. 173/2015», *Fam. e dir.*, 2017, pp. 602 ss.

MOROZZO DELLA ROCCA, P., «Abbandono e semiabbandono del minore nel dialogo tra CEDU e corti nazionali», *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 830 ss.

MOSCATI, E., «L'indegnet », in *Trattato Rescigno*, 5, *Successioni*, Utet, Torino, 1997, pp. 93 ss.

NARDI, «Indegnet  (diritto romano)», in *Noviss. dig. it.*, Utet, Torino, 1962.

NATALE, A., «L'indegnet  a succedere», in BONILINI, G. (dir.), *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni. La successione ereditaria*, Giuffr , Milano, 2009, pp. 463 ss.

OLIVIERO, F., «'Sospensione dalla successione' e indegnet : a proposito dell'art. 5, legge 11 gennaio 2018, n. 4», *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, pp. 310 ss.

OMODEI SAL , «Indegnet  a succedere», in *Dig. disc. priv.*, Aggiornamento II, Utet, Torino, 2007, pp. 681 ss.

OMODEI SAL , R., «Il nuovo istituto della 'Sospensione dalla successione' (art. 463 bis, c.c.)», *Riv. dir. civ.*, 2019, pp. 1169-1170.

ONOFRI, A., LA ROSA, C., *Il lutto. Psicoterapia cognitivo evolutiva e EMDR*, Giovanni Fioriti, Roma, 2015.

PARADISO, M., «Lo statuto dei diritti del figlio tra interesse superiore della famiglia e riassetto del fenomeno familiare», *Fam.*, 2016, pp. 220 ss.

PARENTE, F., «Realt  sociale e pluralizzazione dei modelli di organizzazione familiare», *Rass. dir. civ.*, 2015, pp. 1217 ss.

PERLINGIERI, P., «Sulla famiglia come formazione sociale», in ID (dir.), *Rapporti personali nella famiglia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1982.

PICARO, R., «Le famiglie e la loro regolazione», *Rass. dir. civ.*, 2017, pp. 1419 ss.

PORCELLI, M., «La famiglia al plurale», *Dir. fam e pers.*, 2014, pp. 1248 ss.

QUADRI, E., «L'interesse del minore nel sistema della legge civile», *Fam. e dir.*, 1999, pp. 88 ss.

RAMUSCHI, M., «La sospensione dalla successione ereditaria», *Vita not.*, 2018, pp. 986 ss.

RENNA, M., «Forme dell'abbandono, adozione e tutela del minore», *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, pp. 1366 ss.

RIZZUTI, M., «Dall'adozione mite ad un'adozione piena ma aperta?», *Fam. e dir.*, 2023, 5, p. 397 ss.

ROMITO, P., *La violenza di genere su donne e minori. Un'introduzione*, Franco Angeli, Milano, 2011.

ROSSI, F.G., «Problemi attuali della nozione di parentela e famiglia», *Rass. dir. civ.*, 2005, pp. 693 ss.

RUPERTO, «Indegnità a succedere», in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XVI ed., Roma, 1997, pp. 83 ss.

SALIS, L., «Indegnità a succedere», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, pp. 928 ss.

SALVESTRONI, U., *Il problema dell'indegnità a succedere*, Cedam, Padova, 1970.

SARTORIS, C., «Il sistema dell'adozione dei minori al vaglio della Corte Costituzionale», in *www.personaemercato.it*

SCHWARZENBERG, C., «Parentela (diritto civile), Storia», *Enc. dir.*, XXXI, Giuffé, Milano, 1981, pp. 639 ss.

SCALISI, V., «'Famiglia' e 'Famiglie' in Europa», *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 21 ss.

SCALISI, V., «Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia ad oggi, parte I, Dalla 'famiglia-istituzione' alla 'famiglia comunità': centralità del 'rapporto' e 'primato della persona'», *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 1043 ss.

SCALISI, V., «Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto!», *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 418 ss.

SCHLESINGER, P., «Quarant'anni di riforme del diritto di famiglia», *Fam. e dir.*, 2015, pp. 969 ss.

SERAFIN, A.M., «Indignus non potest capere? Il nuovo art. 463 bis c.c. tra sospensione dalla successione e natura giuridica dell'indegnità!», *Jus civile*, 2019, p. 464 ss.

SESTA, M., ARCERI, A., «La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli», in CICU, MESSINEO, MENGONI, L. (dir.), *Trattato di diritto civile commentato*, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 12 ss.

SESTA, M., «Stato giuridico di filiazione dell'adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali», *Fam. e dir.*, 2022, pp. 897 ss.

SICCHIERO, G., «L'indegnità a succedere prima e dopo la novella del 2018», *Giur. it.*, 2020, pp. 54 ss.

SONELLI, S., «L'interesse superiore del minore. Ulteriori 'tessere' per la ricostruzione di una nozione poliedrica», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, pp. 1396 ss.

TOTI, B., «Le recenti novità in materia di indegnità a succedere», *Dir. succ. fam.*, 2020, pp. 207 ss.

URSO, E., «Il diritto di famiglia nella prospettiva 'europea'», in BRUNETTA D'USSEAU, F. (dir.), *Il diritto di famiglia nell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2005.

VASCELLARI, M., «Art. 463 bis», in CIAN, G. (dir.), *Commentario breve al Codice civile*, Wolters Kluwer, Milano, 2018, pp. 575 ss.



PARTE III

LA FILIAZIONE NEL DIRITTO EUROPEO  
E INTERNAZIONALE PRIVATO



# L'ordine pubblico internazionale e la gestazione per sostituzione alla luce del dialogo tra le Corti

*Bruno Concas*

**ABSTRACT:** Il lavoro intende esaminare la natura e la funzione della clausola di ordine pubblico internazionale in relazione alla gestazione per sostituzione, analizzando criticamente i più recenti orientamenti giurisprudenziali ed affermando le peculiarità del meccanismo di controllo. Questo ha una funzione assiologica e opera come limite concreto, successivo e negativo all'applicazione della legge o del provvedimento straniero.

**RESUMEN:** El trabajo tiene el objeto de examinar la naturaleza y la función de la cláusula de orden público internacional, con relación a la gestación por sustitución. Se analizan críticamente las últimas orientaciones jurisprudenciales, resaltando las peculiaridades del mecanismo de control. Esto tiene una función axiológica y actúa como límite concreto, posterior y negativo a la aplicación de la ley o de la medida extranjera.

**SOMMARIO:** 1. L'ordine pubblico. - 2. Gestazione per sostituzione, divieto legislativo e trascrizione degli atti stranieri di riconoscimento della genitorialità. - 3. Sentenza delle Sezioni unite n. 12193/2019 e caratteri del controllo di conformità all'ordine pubblico internazionale. - 4. Adeguatezza dell'adozione in casi particolari alla luce della pronuncia della Corte EDU e ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale. - 5. Pronuncia n. 33/2021 della Consulta e ordinanza di rimessione alle Sezioni unite. - 6. Effetti pieni dell'adozione in casi particolari in seguito all'intervento della Corte Costituzionale n. 79/2022. - 7. Riflessioni conclusive sulla pronuncia delle Sezioni unite n. 38612/2022 tra conferme e smentite.

## 1. L'ordine pubblico

L'ordine pubblico<sup>1</sup> è una clausola generale con una funzione assiologica e di controllo<sup>2</sup> e consiste nelle regole, nei principi politici, sociali ed economici che caratterizzano l'ordinamento giuridico in un determinato periodo storico<sup>3</sup>. Si ritiene corretto considerare l'ordine pubblico una clausola generale e non un principio, in quanto frammento di disposizione normativa caratterizzato da vaghezza e flessibilità<sup>4</sup> che si compone al suo interno di regole e di principi, i quali nella loro concretizzazione permettono di superare la genericità e l'ampiezza di contenuto della clausola, definendo il caso concreto<sup>5</sup>.

Pertanto, la clausola generale non è una norma compiuta, a differenza del principio<sup>6</sup>, ma trova nei principi e nelle regole presenti nel nostro sistema normativo la sua realizzazione<sup>7</sup>; non ha un senso

- 
- <sup>1</sup> Sulla storia dell'ordine pubblico e sul suo originario significato all'interno del codice civile vedi FERRI, G.B., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 45 ss.: "la formula ordine pubblico ha una data di nascita sufficientemente precisa: essa appare per la prima volta nella codificazione napoleonica e viene inserita, non senza incertezze e contrasti, nel codice civile" e p. 63: "l'ordine pubblico, dunque, non pone limiti ai diritti fondamentali dell'individuo, in funzione delle superiori esigenze dello Stato, ma pone limiti all'autonomia dei privati per il rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo".
- <sup>2</sup> In questi termini BARBA, V., «L'ordine pubblico internazionale», *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 423.
- <sup>3</sup> Vedi ROPPO, V., *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 386.
- <sup>4</sup> Vedi sul punto PERLINGIERI, P. e FEMIA, P., in PERLINGIERI, P., *Manuale di diritto civile*, X ed., E.S.I., Napoli, 2021, pp. 18 ss. e BARBA, V., *op. cit.*, pp. 422 ss.
- <sup>5</sup> Come rilevato da PERLINGIERI, G. e ZARRA, G., in *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, E.S.I., Napoli, 2018, p. 30, "le clausole generali sono uno strumento di concretizzazione di valutazioni contenute in altre norme".
- <sup>6</sup> Come afferma RODOTÀ, S., «Il tempo delle clausole generali», *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 721, "le clausole generali non sono principi, anzi sono destinate ad operare nell'ambito segnato dai principi".
- <sup>7</sup> Vedi BARBA, V., *op. cit.*, pp. 425 ss., il quale ritiene di escludere che la clausola generale possa essere riempita tramite il rinvio all'ordinamento morale o sociale, essendo necessario riferirsi esclusivamente al sistema giuridico e ai principi normativi in esso contenuti, poiché questi "costituiscono l'unica garanzia di pluralismo e democraticità, ma anche conferiscono alle clausole generali un significato normativo". Al contrario, rinviare all'ordinamento morale e sociale "rischia, infatti, di far penetrare nell'ordinamento giuridico contenuti diversi da quelli che l'ordinamento esattamente prescrive, nonché di introdurre una valutazione schiettamente soggettiva, di impostazione pan-naturalistica, che in quanto dipendente dalla concezione di ciascun interprete sulla morale e sulla



intrinseco, ma questo le viene attribuito dal sistema giuridico nel quale opera<sup>8</sup>.

All'interno della nozione di ordine pubblico si suole distinguere tra ordine pubblico interno e ordine pubblico internazionale, sulla base di una differenza sia di natura funzionale, in quanto l'ordine pubblico interno è posto come limite all'autonomia privata e l'ordine pubblico internazionale come limite all'applicazione di un atto o di una legge straniera<sup>9</sup>, sia di carattere contenutistico, avendo l'ordine pubblico internazionale un'estensione necessariamente meno ampia di quella dell'ordine pubblico interno<sup>10</sup>, consistendo nei principi o valori

---

sociale, pur potendo risultare più o meno facilmente prevedibile, è difficilmente contestabile e censurabile" (p. 427).

- <sup>8</sup> Come afferma FERRI, G.B., *op. cit.*, p. 170, "costituendo l'ordine pubblico e il buon costume cardini essenziali del sistema, indubbiamente essi devono essere ricavati da questo sistema. Ma ciò non significa anche che essi debbano ricavarsi direttamente o indirettamente da norme espressamente poste. Le stesse formule utilizzate dal legislatore ordine pubblico e buon costume rendono evidente che, con queste, più che a norme singole si è inteso far riferimento al modo stesso di porsi del sistema, al suo stesso ordinarsi".
- <sup>9</sup> Come rilevato per la prima volta dalla Suprema Corte a Sezioni unite nel 1981 con la sentenza n. 189. Vedi Cass. Sez. Un. 8 gennaio 1981, n. 189, *Giust. civ.*, 1982, con nota di BIANCHINI, P., «L'applicazione delle normative straniere richiamate in materia di rapporti personali tra coniugi», pp. 279 ss.
- <sup>10</sup> Se così non fosse, perderebbe di ogni utilità la distinzione tra i due concetti e qualsiasi legge o atto straniero con un contenuto non precisamente coincidente rispetto alla normativa nazionale sarebbe irricevibile nel nostro ordinamento, come afferma anche Cass. civ., Sez. lav., 4 maggio 2007 n. 10215, in *De Jure online*, secondo la quale ciò "cancellerebbe la diversità fra sistemi giuridici e irragionevolmente renderebbe per larga parte inutile il diritto internazionale privato". Si riporta il seguente esempio di BARBA, V., «Note minime sull'ordine pubblico internazionale», *Articolo 29. La trascrizione dei certificati di nascita fra sindaci, giudici e Sezioni unite: dieci brevi contributi per un dibattito attuale*, <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2018/07/1-Barba.pdf>, p. 6: "s'immagini un atto negoziale con il quale un potenziale legittimario rinunzi, prima dell'apertura della successione, all'azione di riduzione che, eventualmente, gli competerebbe nel caso in cui, al tempo della apertura della successione, fosse legittimario e fosse leso o pretermesso. Il giurista che fosse chiamato a individuare l'ordinamento del caso concreto sulla base della legge nazionale, dovrebbe giungere alla conclusione che si tratta di un atto nullo, per contrarietà alla norma imperativa di cui all'art. 557, comma 2, c.c., o, altrimenti, per contrasto con il principio di tutela dei legittimari, che costituisce un principio di ordine pubblico interno. Diversamente, qualora il medesimo caso dovesse essere deciso facendo applicazione di una legge straniera, a esempio quella inglese, il giurista che fosse chiamato a individuare l'ordinamento del caso concreto, potrebbe giungere a una conclusione opposta e affermare che l'atto di rinuncia in parola sia perfettamente valido ed efficace. Sebbene nel nostro ordinamento la tutela del legittimario sia presidiata da una norma che pone, espressamente, la nullità di

fondamentali del nostro ordinamento<sup>11</sup> e non nelle più stringenti norme inderogabili - il cui mancato rispetto comporta l'invalidità del negozio - che caratterizzano il concetto di ordine pubblico interno<sup>12</sup>.

---

una rinuncia preventiva all'azione di riduzione, tuttavia non può affermarsi che tale rinuncia importi una compressione o una limitazione di un diritto inviolabile dell'uomo. In altri termini, la rinuncia all'azione di riduzione costituisce una materia rispetto alla quale il nostro legislatore nazionale ha, certamente, esercitato la sua discrezionalità; tuttavia, non è espressione di un principio tale che al nostro legislatore sarebbe precluso introdurre una diversa norma, analoga a quella straniera, per incompatibilità con i principi irrinunciabili a tutela dei diritti inviolabili dell'uomo e della dignità umana".

<sup>11</sup> Come afferma Cass., 28 dicembre 2006, n. 27592, in *Foro it.*, vol. 130, no. 6, 2007, p. 1789, questi principi sono sia quelli direttamente desumibili dalla Costituzione, sia quelli "fondanti l'intero assetto ordinamentale siccome immanenti ai più importanti istituti giuridici quali risultano dal complesso delle norme inderogabili provviste del carattere di fondamentali che le distingue dal più ampio genere delle norme imperative"; vedi anche Cass. civ., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *De Jure online*, che faceva riferimento al "portato della Costituzione e di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inervano l'ordinamento costituzionale". Vedi sul punto anche CAROCCIA, F., *Ordine pubblico, La gestione dei conflitti culturali nel diritto privato*, Jovene, Napoli, 2018, pp. 27 ss., la quale afferma che i principi costituzionali rappresentano una componente "non unica ma in linea di massima presente della nozione di ordine pubblico" e che l'ordine pubblico sarà il "complesso prodotto dell'attività di ricostruzione dell'interprete". Riprendendo le parole di BARBA, V., *op. cit.*, p. 6, "l'ordine pubblico internazionale non coincide con l'insieme di tutte le norme imperative e di tutti i principi dello Stato, ma riguarda i soli principi fondamentali e irrinunciabili, ossia i principi identificativi del nostro sistema ordinamentale. Quei principi che anche al nostro legislatore è precluso di derogare, con la conseguenza che un loro mutamento determinerebbe una vera e propria novazione dell'intero ordinamento giuridico"; vedi anche PERLINGIERI, G., «Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni unite in tema di cd. maternità surrogata», in *Dir. succ. fam.*, 2, 2019, pp. 338-339: "non si può fare a meno anche di riconoscere che non v'è coincidenza tra norme imperative, in quanto [...] alcune norme imperative sono conformi a Costituzione ma non espressione di principi identificativi, altre sono non soltanto conformi a Costituzione ma attuative di valori identificativi e, come tali, non disapplicabili (arg. ex art. 139 cost.), anche in caso di fattispecie con elementi di estraneità. In questa prospettiva l'ordine pubblico [...] non ha più soltanto una funzione di limite negativo, bensì una funzione eminentemente promozionale e propositiva e si risolve, nella sua accezione interna e internazionale, nella differenza tra principi fondamentali o disposizioni legislative espressione di principi identificativi della Repubblica italiana (e, in quanto tali, in alcun modo derogabili né da fattispecie interne né da fattispecie con elementi di estraneità) e principi o norme imperative, pur conformi a Costituzione, ma non espressione di principi fondamentali (e quindi derogabili dalla legislazione straniera e applicabili al cittadino straniero a condizione di reciprocità ex art. 16 disp. prel. c.c.)".

<sup>12</sup> Come affermano PERLINGIERI, G. e ZARRA, G., *op. cit.*, pp. 60 ss., per chiarire la

La distinzione tra i due concetti, perciò, non si può rinvenire nel fatto che il primo sarebbe composto da norme di diritto interno e il secondo da norme di diritto internazionale<sup>13</sup>, in quanto entrambi sono concetti di diritto interno che compongono il sistema ordinamentale<sup>14</sup>, il quale non perde la sua necessaria unitarietà pur componendosi di

---

differenza tra i due concetti si può ricorrere alla distinzione tra i principi tecnici, i quali possono non essere espressione di valori dell'ordinamento - come quelli della libertà di forma, della tipicità dei diritti reali ecc. - e i principi fondamentali. L'ordine pubblico interno può essere composto anche dai principi tecnici, a differenza dell'ordine pubblico internazionale, che è caratterizzato unicamente dai principi fondamentali basati sui valori che identificano il nostro sistema giuridico.

<sup>13</sup> Per esempio, Cass., Sez. I, 30/09/2016, n. 19599, in *De Jure online*, pur rilevando correttamente che l'ordine pubblico internazionale è "il complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico", successivamente, aprendo la strada a un potenziale malinteso sulla natura interna o internazionale del concetto, afferma che questi principi sono "ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati ad un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria"; come rileva BARBA, V., *L'ordine pubblico internazionale*, cit., p. 421, "resta chiaro che l'ordine pubblico internazionale è un concetto di diritto interno, proprio di ogni singolo Stato o, più esattamente, di ogni singolo sistema ordinamentale, in guisa che il concetto di ordine pubblico internazionale nel diritto italo-europeo è diverso da quello del diritto franco europeo, o del diritto ispanico-europeo, o del diritto americano, o del diritto cubano, senza possibilità che si possa dare un ordine pubblico internazionale comune per tutti gli Stati, o agli Stati di una certa area geografica, o agli Stati di una certa cultura". Come segnala sempre BARBA, V., «Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019», *GenIUS* 2-2019, la recente dottrina della Corte di Giustizia dell'Unione europea, la quale pone dei limiti entro i quali gli Stati nazionali possono ricorrere alla clausola dell'ordine pubblico internazionale al fine di non riconoscere un atto straniero o applicare una legge straniera, costituisce un significativo inizio del processo di erosione ma non fa venir meno la specificità statutale del concetto di ordine pubblico internazionale; vedi anche PALAIA, N., *L'ordine pubblico internazionale*, Cedam, Padova, 1974, pp. 15-16, per il quale "l'ordine pubblico cd. internazionale costituisce [...] la manifestazione più precipua del diritto interno dello Stato; esso è dunque, esclusivamente, un ordine pubblico interno. L'aggettivo internazionale può pertanto spiegarsi solo perché questo concetto di ordine pubblico opera nel sistema di diritto interno normalmente designato come diritto internazionale privato e, conseguentemente, per la particolare natura dei rapporti a cui esso inerisce, che, presentando un elemento di estraneità rispetto all'ordinamento del foro ed una circostanza di collegamento con il diritto di uno Stato estero, possono essere considerati, in questo significato particolare, come rapporti di natura internazionale".

<sup>14</sup> Rileva PALAIA, N., *op. cit.*, p. 15, che "l'espressione evoca tutto l'opposto di ciò che vuole significare: essa, infatti, può far pensare ad un ordine direttamente imposto dal diritto della comunità internazionale e invece è impiegata per designare l'insieme dei principi fondamentali di un ordinamento interno, quei principi [...] ai quali lo Stato non può o non crede assolutamente di poter rinunciare".

una pluralità di fonti, tra cui anche quelle di derivazione comunitaria e internazionale<sup>15</sup>.

Pertanto, non vi è un ordine pubblico internazionale universale ma un ordine pubblico internazionale specifico e proprio di ogni ordinamento, diverso da quello degli altri Paesi<sup>16</sup>, e la distinzione tra

---

<sup>15</sup> Seguendo l'insegnamento di PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, IV ed., E.S.I., Napoli, 2020, pp. 68-69: "un ordinamento integrato con norme provenienti dall'esterno, o in via istituzionale ed organica o in sede di generale o di particolare rinvio, si realizza sempre in chiave monistica, non in chiave dualistica o, ancor peggio, pluralistica. Non deve assolutamente confondersi l'unitarietà dell'ordinamento con la pluralità delle sue fonti, siano esse organizzate al suo interno, siano esse individuabili all'esterno anche con riferimento ad ordinamenti altri". Come spiega l'autore, al pluralismo delle fonti deve conseguire il lavoro di armonizzazione e coordinamento da parte dell'interprete, a garanzia dell'unitarietà del sistema ordinamentale. Per un'efficace critica alla teoria secondo la quale, sulla base della distinzione tra creazione di diritti e riconoscimento dei diritti acquisiti all'estero, nel caso del riconoscimento dei diritti acquisiti all'estero le norme straniere non potrebbero dirsi veramente inserite nell'ordinamento italiano, vedi BADIALI, G., *Ordine pubblico e diritto straniero*, Giuffrè, Milano, 1963, pp. 214 ss.

<sup>16</sup> PALAIA, N., *op. cit.*, pp. 17-18, afferma che "il concetto di ordine pubblico non cessa di avere carattere esclusivamente interno neppure quando in esso la funzione di tutelare gli interessi fondamentali dell'ordinamento nazionale appare meno evidente in quanto oggetto di protezione siano alcuni valori che possono essere considerati di rilievo universale; tali sono, ad esempio, i principi della libertà individuale, della dignità e della eguaglianza sociale e in genere tutti gli altri diritti della persona umana che sono comuni a tutti gli Stati che hanno raggiunto un livello evoluto di civiltà. In tali ipotesi potrebbe sembrare che l'ordine pubblico venga a svolgere la funzione di tutelare questi principi proprio in quanto appaiono dotati di un valore universale e di proteggerli in tal modo dalle offese che potrebbero ricevere in quegli ordinamenti in cui fossero disconosciuti; ma, in realtà, un'indagine più attenta rivela che anche in questi casi l'ordine pubblico interviene per la tutela di esigenze di diritto interno". Segnala però un'erosione del contenuto strettamente nazionale dell'ordine pubblico internazionale ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado?» *La gobernanza del interés público global, XXV Jornadas de Profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales*, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 146-181, in part. pp. 161 ss.: "el otro gran impacto de un elemento externo en la exclusividad del orden público internacional de cada Estado es el Derecho de la Unión Europea. Este impacto afecta al contenido del orden público internacional de cada EM, a su operatividad o función, e incluso a la vía legal para su implementación: a la cláusula de orden público. [...] no está totalmente definido en un plano teórico cuáles son todas las implicaciones de la UE para el tema que nos ocupa. Se habla, eso sí, de un orden público comunitario o un orden público de la UE que además, hoy, tiene un referente concreto en los derechos fundamentales de la Carta y del CEDH, así como en los derivados de las tradiciones constitucionales de los EM, pero lo mismo que ocurre con el orden público internacional de cada Estado, no se limita a estos derechos fundamentales. [...] la

ordine pubblico internazionale e interno non può condurre a negare, pur nelle differenze esposte, l'unitarietà della clausola di ordine pubblico. La differenza tra i due concetti, infatti, si realizza pienamente soltanto nel momento applicativo<sup>17</sup>, nel quale rileva la peculiarità del meccanismo di controllo proprio dell'ordine pubblico internazionale che opera come limite concreto, successivo e negativo all'applicazione della legge o del provvedimento straniero<sup>18</sup>.

---

normativa europea se limitó a incluir cláusulas de orden público [...] Este tipo de cláusula de orden público no difería, ni en su configuración ni en su función, de las cláusulas de orden público presentes en las normativas estatales o en tratados internacionales. El punto de partida sobre el contenido del orden público seguiría siendo la exclusividad estatal y, con ello, la existencia de tantos órdenes públicos diferentes cuanto EM diferentes. Esta visión clásica se extendía también a las autoridades que, en su caso, debían activar el orden público internacional de cada Estado: las estatales. No obstante, el Tribunal de Justicia ha ido introduciendo matices en este esquema. [...] Al margen de la actividad del TJ, la aparición de cláusulas especiales de orden público supone una intervención directa y uniforme en el orden público de cada Estado miembro y una manifestación de la erosión de la exclusividad. Por último, la desaparición de las cláusulas de orden público en sectores materiales determinados plantea, siquiera teóricamente, la propia desaparición del orden público internacional de cada Estado miembro en tales sectores tal cual lo veníamos conociendo. Estos factores han propiciado una situación en la que la fijación del contenido del orden público de cada EM no corresponde en exclusiva a ese EM y donde se produce una alteración del supervisor de los principios y valores que tradicionalmente han integrado el contenido del orden público”.

<sup>17</sup> Come afferma PERLINGIERI, G., «In tema di ordine pubblico», in *Il diritto civile tra principi e regole*, E.S.I., Napoli, 2022, p. 11.

<sup>18</sup> BARBA, V., «L'ordine pubblico internazionale», cit., p. 423. Vedi CAMPIGLIO, C., [https://www.treccani.it/enciclopedia/ordine-pubblico-dir-int-priv\\_\(Diritto-on-line\)](https://www.treccani.it/enciclopedia/ordine-pubblico-dir-int-priv_(Diritto-on-line)), secondo cui “la clausola di ordine pubblico rappresenta, in definitiva, una valvola di sicurezza del sistema, un limite successivo all'operare del diritto internazionale privato. Essa è infatti destinata a funzionare quando il giudice, grazie alla norma di conflitto, ha già individuato la norma applicabile alla fattispecie. È a questo punto che la clausola di ordine pubblico interviene richiedendo al giudice non già di esprimere un giudizio di valore, astratto e di principio, sulla specifica disposizione applicabile, bensì una valutazione concreta degli effetti che dall'applicazione della disposizione suddetta deriverebbero nel nostro ordinamento”. Non è però da condividere l'idea, esposta dall'autrice, secondo cui sarebbe ormai completamente superata la distinzione tra ordine pubblico interno ed internazionale.

## **2. Gestazione per sostituzione, divieto legislativo e trascrizione degli atti stranieri di riconoscimento della genitorialità**

Una delle questioni che ha comportato di recente l'utilizzo della clausola generale di ordine pubblico internazionale, animando il conseguente dibattito circa la sua operatività, è relativa alla maternità surrogata, o, come sarebbe più corretto definirla, gestazione per altri o gestazione per sostituzione.

Lo sviluppo delle tecnologie riproduttive ha, com'è noto, aperto la strada a una nuova e diversa concezione della genitorialità rispetto a quella tradizionale e ha posto all'interprete nuove questioni da affrontare, in un contesto rinnovato nel quale le norme di diritto internazionale privato hanno acquisito una spiccata centralità e nel quale il tema della gestazione per sostituzione continua a rappresentare uno dei profili maggiormente problematici, per la diversità con cui i vari Stati hanno regolato il fenomeno, per la crescente attualità dell'utilizzo della pratica e per l'indubbia delicatezza delle questioni sottese.

Posto il chiaro divieto della pratica di cui all'art. 12, comma 6, della L. 40/2004, la discussione si è incentrata sulla trascrivibilità nel nostro Paese dei provvedimenti stranieri che riconoscono il rapporto di filiazione tra il nato da gestazione per sostituzione e il genitore o i genitori d'intenzione, ossia coloro che non sono né genitori biologici (com'è invece la gestante) né genitori genetici (come sono coloro con i cui gameti è stata fecondata la gestante).

## **3. Sentenza delle Sezioni unite n. 12193/2019 e caratteri del controllo di conformità all'ordine pubblico internazionale**

Con la nota sentenza n. 12193 in data 8 maggio 2019<sup>19</sup>, le Sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione hanno negato, proprio

---

<sup>19</sup> Vedi, tra i vari, FERRANDO, G., «Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento», *Fam. dir.*, 2019, pp. 677 ss.; PERLINGIERI, G., «Ordine pubblico e identità culturale. Le

facendo ricorso alla clausola di ordine pubblico internazionale, la riconoscibilità del provvedimento straniero, esprimendo il seguente principio di diritto: “il riconoscimento dell’efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all’estero mediante il ricorso alla gestazione per sostituzione ed il genitore d’intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità previsto dall’art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l’istituto dell’adozione; la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull’interesse del minore, nell’ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l’adozione in casi particolari, prevista dall’art. 44, comma primo, lett. d), della legge n. 184 del 1983”.

Le Sezioni unite, pertanto, hanno negato il riconoscimento dell’efficacia del provvedimento straniero sulla base di una serie di argomenti: l’assoluta contrarietà all’ordine pubblico internazionale della pratica a tutela della dignità umana della gestante e dell’istituto dell’adozione; la valutazione dell’interesse del minore come controlimite rispetto all’ordine pubblico internazionale<sup>20</sup>, ritenendo quest’ultimo prevalente sul primo sulla base di un bilanciamento effettuato a monte dal legislatore e, pertanto, sottratto all’organo giudicante.

In relazione alla considerazione della Corte, secondo la quale il bilanciamento di interessi effettuato a monte dal legislatore impedirebbe all’organo giudicante di effettuare il successivo bilanciamento del caso concreto - come fatto dal giudice di merito -

---

Sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata», cit., p. 337 ss. e BIANCA, M., «La tanto attesa decisione delle sezioni unite. Ordine pubblico *versus* superiore interesse del minore», *Famiglia*, 2019, p. 370.

<sup>20</sup> Vedi TONOLO, S., «Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo», [https://arts.units.it/retrieve/handle/11368/2841194/284542/8166\\_11368\\_2841194%20EUT.pdf](https://arts.units.it/retrieve/handle/11368/2841194/284542/8166_11368_2841194%20EUT.pdf), p. 7, la quale evidenzia come nei casi *Mennesson* e *Labassee* fosse stato recepito l’orientamento. sviluppato precedentemente nella sentenza *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, volto a considerare l’interesse del minore quale possibile controlimite dell’ordine pubblico.

poiché questo significherebbe pretendere di “sostituire la propria valutazione a quella compiuta in via generale dal legislatore”, appare necessario svolgere alcune considerazioni critiche.

Non si può condividere, infatti, l’idea che l’esistenza del divieto, frutto della valutazione degli interessi effettuata dal legislatore, equivalga a un bilanciamento definitivo che preclude quello successivo del giudice<sup>21</sup>, in quanto l’interpretazione deve sempre avvalersi del bilanciamento<sup>22</sup> - anche quando potrebbe sembrare non necessario<sup>23</sup> - per evitare una soluzione aprioristica e offrirne una che sia adatta alla disciplina del caso concreto. Come giustamente richiamato dalla stessa Suprema Corte nella sentenza suddetta, gli artt. 64 e ss. della legge n. 218 del 1995 “nel disciplinare l’ingresso nel nostro ordinamento di atti e provvedimenti formati all’estero, non prevedono affatto il recepimento degli istituti ivi applicati, così come disciplinati dagli ordinamenti di provenienza, ma si limitano a consentire la produzione dei relativi effetti, nella misura in cui gli stessi risultino compatibili con la delineata nozione di ordine pubblico”; pertanto, il controllo di compatibilità con l’ordine pubblico non può limitarsi a

<sup>21</sup> Vedi SALVI, G., «Percorsi giurisprudenziali in tema di omogenitorialità», *Dir. succ. fam.*, 2021, pp. 515 ss., il quale evidenzia le criticità della tesi per cui una norma ordinaria incarnerebbe direttamente un principio costituzionale e allo stesso tempo definirebbe a monte il bilanciamento dei principi che potrebbero concorrere nella fattispecie concreta, “quasi che il legislatore ordinario abbia già previsto qualsiasi interferenza tra principi di rango costituzionale e l’abbia risolta a priori, senza che tale risultato possa essere revocato in dubbio dal giudice che analizzi il caso”. Come afferma in maniera condivisibile l’autore, non si può negare la necessità di un bilanciamento a posteriori.

<sup>22</sup> Infatti, come rileva PERLINGIERI, G., *In tema di ordine pubblico*, cit., p. 28, anche nella decisione in questione, pur inconsciamente, la Suprema Corte si è avvalsa della tecnica del bilanciamento, in quanto “è attività di bilanciamento, non prevista *ex ante* dal legislatore ma compiuta dal giudice nel momento applicativo, tanto decidere se e come coniugare due norme distinte - come il divieto di maternità surrogata (art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004) e l’adozione in casi particolari (art. 44, comma 1, lett. b o d, l. 4 maggio 1983, n. 184) -, tanto comprendere la portata di una norma e il suo grado di inderogabilità e operatività, in particolare se in concorso con altre norme (come, nel caso di specie, l’art. 8 CEDU), quanto analizzare se un rimedio, come l’adozione *ex art.* 44, comma 1, lett. b o d, sia o no idoneo a soddisfare gli interessi e i valori normativi concretamente coinvolti, ossia assicurare al minore una adeguata tutela evitando semmai abusi a suo danno”.

<sup>23</sup> Si richiama PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 226: “l’interpretazione si avvale del bilanciamento, anche là dove la gerarchia tra principi e tra diritti sia risolta dal legislatore conformemente alla gerarchia assiologica espressa dalla legalità costituzionale, sì da poter sembrare che non vi sia bisogno di avvalersene”.



una sussunzione sillogistica del caso nella fattispecie astratta 'maternità surrogata' ma deve analizzare le peculiarità del singolo caso<sup>24</sup>, in quanto - come affermato dalla stessa sentenza - non è in considerazione l'istituto in sé, ma gli effetti che questo è destinato concretamente a produrre nel nostro ordinamento. Il divieto posto dal nostro ordinamento non può, infatti, essere considerato allo stesso modo nel caso in cui operi una legge nazionale e nei diversi casi in cui si applichi una legge straniera o si riconosca l'efficacia di un atto straniero, poiché così facendo non sarebbe possibile applicare alcuna disciplina straniera di fronte a una norma italiana di divieto<sup>25</sup> e verrebbe meno il senso stesso della disciplina di diritto internazionale privato.

Non si mette, pertanto, in dubbio la legittimità della scelta legislativa, né si intende sostituire il legislatore, ma si vuole evitare di trasformare il controllo di ordine pubblico in un controllo astratto e aprioristico, slegato dal caso concreto.

La clausola di ordine pubblico, come affermato all'inizio di questa riflessione e come confermato anche dalla stessa Corte, opera come limite concreto proprio perché impedisce che il controllo di conformità all'ordine pubblico si possa svolgere una volta per tutte; non si può escludere, pertanto, che una legge che consenta il ricorso alla gestazione per sostituzione, pur essendo astrattamente contraria ai principi o valori fondamentali del nostro ordinamento, possa risultare, in alcuni dei suoi effetti, conforme all'ordine pubblico internazionale<sup>26</sup>. Il criterio risolutivo ai fini della decisione del caso specifico sarà quello del bilanciamento dei principi nel caso concreto<sup>27</sup>, che invece viene ingiustamente negato dalla Suprema Corte in quanto visto come

---

<sup>24</sup> "Non si assume si valuta sempre", così PERLINGIERI, P., «Il diritto come discorso? Dialogo con Aurelio Gentili», *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 786.

<sup>25</sup> Come rileva BARBA, V., *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione*, cit., p. 15, "deve osservarsi che ogni norma giuridica compie una valutazione comparativa degli interessi in concorso e che ogni norma sceglie. Ciò non impedisce però né il bilanciamento, né tanto meno la defettibilità di quella regola nei casi in cui possa trovare applicazione una legge straniera. Non bisogna sovrapporre, cioè, il problema della valenza normativa di un divieto di diritto interno con la defettibilità di quel divieto nei casi in cui si faccia applicazione di una disciplina straniera o si postuli il riconoscimento di un atto formato all'estero".

<sup>26</sup> Vedi BARBA, V., «L'ordine pubblico internazionale», cit., pp. 435-436.

<sup>27</sup> Come affermato da PERLINGIERI, G. e ZARRA, G., *op. cit.*, p. 115, secondo cui "non si può più affermare che l'ordinamento italiano abbia una preclusione a priori verso questo tipo di situazioni generatesi all'estero".

strumento per “sostituire la propria valutazione a quella compiuta in via generale dal legislatore”. Non si ritiene condivisibile questa idea perché parte dal presupposto che la tecnica del bilanciamento sia uno strumento di arbitrio e di “tirannia dei valori”<sup>28</sup> a disposizione del giudice, mentre al contrario il bilanciamento è da effettuarsi, in maniera rigorosa, sulla base del diritto positivo unitariamente inteso e dei principi da esso espressi, non in ragione delle convinzioni arbitrarie dell’interprete. Infatti “il rispetto del vincolo della ‘legge’, *rectius* del ‘diritto’, non esclude, anzi impone che ogni decisione giuridica possa concretizzarsi nel bilanciamento di interessi e di valori”<sup>29</sup>, il quale permette di passare dalla legge - e dal legismo - al diritto, superando la contrapposizione tra fattispecie astratta e fattispecie concreta, valorizzando le peculiarità proprie del fatto e individuando la soluzione più compatibile con gli interessi e i valori del sistema, l’ordinamento del caso concreto<sup>30</sup>, in quanto “è il caso concreto il luogo dove la legge, in quanto struttura, diventa utilizzabile<sup>31</sup>”.

Neanche il *best interest of the child*, il cui ruolo e rilevanza sono indubbiamente centrali, può essere sottratto al bilanciamento e ritenersi una volta per tutte e astrattamente prevalente sugli altri interessi in gioco, avendo forse contribuito a questa valutazione la sua traduzione in *superiore interesse del minore*<sup>32</sup>, a cui va certamente preferita quella di *migliore interesse del minore*, perché aiuta meglio a comprendere il suo significato e il suo campo di applicazione, che è quello di un elemento rilevante che concorre insieme agli altri principi a trovare la migliore soluzione del caso concreto<sup>33</sup>.

È proprio sulla base di queste considerazioni che non appare condivisibile l’idea che il miglior interesse del minore possa essere un contro-limite dell’ordine pubblico, poiché, essendo un principio, non

<sup>28</sup> SCHMITT, C., *Die Tyrannei der Werte*, Kohlhammer, Stuttgart, 1967 (trad. it. *La tirannia dei valori. Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori*, con un saggio di VOLPI, F., Adelphi, Milano, 2008).

<sup>29</sup> PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 390.

<sup>30</sup> Vedi PERLINGIERI, P., *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, E.S.I., Napoli, 2008, pp. 86 ss., per il quale “dal confronto fatto-norma si potrà individuare il valore più idoneo da riservare a quel fatto concreto e l’ordinamento assumerà un significato reale senza perdere la sua intrinseca funzione di ordinare indicando il dover essere”.

<sup>31</sup> Come rileva GENTILE, F., *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Cedam, Padova, 2006, p. 216.

<sup>32</sup> Sulla base del testo francese “*intérêt supérieur de l’enfant*”.

<sup>33</sup> In questo senso PERLINGIERI, G. e ZARRA, G., *op. cit.*, pp. 100 ss.

è esterno ed estraneo alla clausola di ordine pubblico ma contribuisce alla sua definizione, insieme agli altri principi concorrenti<sup>34</sup>. Perciò il miglior interesse del minore non sarà in opposizione all'ordine pubblico ma lo definirà, nell'ordinamento del caso concreto, in concorso con gli altri principi normativi, come tra gli altri la dignità umana, la continuità dello *status* di figlio, il rispetto del diritto alla vita privata del bambino, attraverso il ragionevole bilanciamento dell'interprete che deve svolgersi caso per caso.

A conclusione del ragionamento, la Suprema Corte sostiene che la soluzione raggiunta "non si traduce necessariamente nella cancellazione dell'interesse del minore", il quale può essere adeguatamente tutelato con lo strumento dell'adozione in casi particolari, alla luce della recente pronuncia della prima Sezione della stessa Corte<sup>35</sup>. Quest'ultima, come affermano le Sezioni unite, "facendo leva sull'interesse del minore a vedere riconosciuti i legami sviluppatisi con altri soggetti che se ne prendono cura, individua nell'art. 44, comma primo, lett. d), della legge n. 184 del 1983 una clausola di chiusura del sistema, volta a consentire il ricorso a tale strumento tutte le volte in cui è necessario salvaguardare la continuità della relazione affettiva ed educativa, all'unica condizione della constatata impossibilità di affidamento preadottivo, da intendersi non già come impossibilità di fatto, derivante da una situazione di abbandono del minore, bensì come impossibilità di diritto di procedere all'affidamento preadottivo".

---

<sup>34</sup> In questi termini BARBA, V., *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione*, cit., p. 15: "l'eccezione di ordine pubblico è una clausola generale che serve a evitare il fallimento giuridico, serve a evitare che si possa dare un diritto contrario ai suoi stessi principi fondamentali e irrinunciabili; che si possa dare diritto che smetta di mettere al suo vertice la persona umana e la sua dignità. In questa prospettiva è inevitabile, allora, che il miglior interesse del minore sia un parametro fondamentale al fine di valutare se nel singolo caso concreto possa applicarsi la disciplina straniera o se debba applicarsi la disciplina interna. Il miglior interesse del minore non è un contro-limite dell'ordine pubblico internazionale, ma valore normativo del nostro sistema ordinamentale, che concorre a individuare ordinamento del caso concreto". In questo senso si esprime anche BIANCA, M., *op. cit.*, p. 370.

<sup>35</sup> Cass., Sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962, con nota di VIZZONI, L., «La Cassazione conferma la stepchild adoption della minore da parte della partner omosessuale della madre biologica», *www.rivistafamiglia.it*, confermando l'indirizzo di Trib. min. Roma, 30 luglio 2014, n. 299, in *De Jure online*.

#### 4. Adeguatezza dell'adozione in casi particolari alla luce della pronuncia della Corte EDU e ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale

In merito all'affermata adeguatezza dell'istituto dell'adozione in casi particolari ai fini della tutela del miglior interesse del minore, è certamente necessario tenere in considerazione la pronuncia, pur non vincolante, resa dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo<sup>36</sup> nelle more del suddetto giudizio della Suprema Corte<sup>37</sup> - in ragione del protocollo n. 16 alla CEDU<sup>38</sup> - su richiesta della Corte di Cassazione francese, al fine di chiarire la portata delle precedenti pronunce della stessa Corte EDU, *Menesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*<sup>39</sup>, nelle quali questa aveva rilevato una violazione dell'art. 8 CEDU, non in relazione alla vita familiare dei genitori - come lamentato dai ricorrenti - ma alla vita privata dei figli, in quanto la legittima scelta di scoraggiare il ricorso alla gestazione per sostituzione non può comportare un'eccessiva compressione dell'identità del nato, non essendo ciò compatibile con il rispetto del principio del migliore interesse del minore.

<sup>36</sup> *Advisory opinion* n. P16-2018-001 del 10 aprile 2019, con nota di SCHUSTER A., «Gpa: La tutela del minore limite invalicabile», <http://www.articolo29.it/2019/gpa-la-tutela-del-minore-limite-invalicabile/>.

<sup>37</sup> Si tratta del primo parere reso dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo sulla base del protocollo n. 16 alla CEDU. Il Protocollo n. 16 allegato alla CEDU - in vigore dal 1° agosto 2018 per gli Stati che lo hanno ratificato (tra cui non vi è l'Italia) - recita al comma 1 del primo articolo: "le più alte giurisdizioni di un'Alta Parte contraente, designate conformemente all'articolo 10, possono presentare alla Corte delle richieste di pareri consultivi su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli".

<sup>38</sup> Vedi sul punto, tra gli altri, ANRÒ L.A., «Il primo parere reso dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo ai sensi del protocollo 16 alla Cedu: Il nuovo strumento alla prova del dialogo tra giudici sul delicato tema della maternità surrogata», <http://www.sidiblog.org/2019/05/06/il-primo-parere-reso-dalla-corte-europea-dei-diritti-delluomo-ai-sensi-del-protocollo-n-16-alla-cedu-il-nuovo-strumento-alla-prova-del-dialogo-tra-giudici-sul-delicato-tema-della-maternita/>.

<sup>39</sup> Per un'analisi più approfondita delle pronunce vedi, tra gli altri, DANISI, C., «Superiore interesse del fanciullo, vita familiare o diritto all'identità personale per il figlio nato da una gestazione per altri all'estero? L'arte del compromesso a Strasburgo» <http://www.articolo29.it/2014/superiore-interesse-fanciullo-vita-familiare-diritto-allidentita-personale-per-figlio-nato-gestazione-per-allestero-larte-compromesso-strasburg/#more-8572> e TONOLO, S., *op. cit.*

La Corte di Cassazione francese si chiede pertanto se, qualora si riconosca allo Stato la possibilità di rifiutare la trascrizione di un atto di nascita di un minore nato da gestazione per sostituzione all'estero in relazione al genitore intenzionale e si accetti quella del genitore biologico, sia sufficiente ai fini della conformità all'articolo 8 CEDU la previsione della possibilità per il genitore intenzionale di stabilire un legame di filiazione con il minore attraverso lo strumento dell'adozione del figlio del proprio coniuge, padre biologico del minore. Sul punto la Corte EDU si è pronunciata a favore della conformità della procedura di adozione del figlio del partner, ritenendola una possibile alternativa alla trascrizione del certificato estero, a condizione che questa rappresenti l'unico strumento consentito dall'ordinamento per salvaguardare il diritto del minore al rispetto della propria vita familiare e, soprattutto, che permetta il riconoscimento giuridico in modo certo e in tempi rapidi<sup>40</sup>.

Raccogliendo le sollecitazioni della Corte EDU e della migliore dottrina citata in tema di ordine pubblico e gestazione per sostituzione, la prima Sezione della Suprema Corte ha, poi, rimesso, con ordinanza n. 8325 del 29 aprile 2020<sup>41</sup>, alla Corte Costituzionale "la questione di legittimità costituzionale della L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, L. n. 218 del 1995, art. 64, comma 1, lett. g) e D.P.R. n. 396 del 2000, art. 18 (che vieta la trascrizione negli atti dello stato civile degli atti formati all'estero se contrari all'ordine pubblico), perché in contrasto con gli artt. 2, 3, 30, 31 Cost. e art. 117 Cost., comma 1 – in relazione all'art. 8 CEDU – se interpretati, secondo l'attuale conformazione del diritto vivente, come impeditivi, in via generale e senza valutazione concreta dell'interesse superiore del minore, della trascrizione dell'atto di nascita legalmente costituito all'estero di un bambino nato mediante gestazione per altri nella parte in cui esso attesta la filiazione dal genitore intenzionale non biologico, specie se coniugato con il genitore intenzionale biologico". La prima Sezione ha rilevato, infatti, due potenziali profili di illegittimità costituzionale, alla luce del parere

---

<sup>40</sup> Vedi GATTUSO, M., «Certezza e tempi "breves que possible" per trascrizioni e adozioni in casi particolari dopo il parere Cedu 10/4/2019», <http://www.articolo29.it/2019/certezza-tempi-breves-que-possible-trascrizioni-adozioni-casi-particolari-parere-cedu-10-4-2019/>.

<sup>41</sup> Cass., ord., 29 aprile 2020, n. 8325, *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 1116, con nota di CALDERAI, V., «La tela strappata di Ercole. A proposito dello stato dei nati da maternità surrogata».

della Corte di Strasburgo, del diritto vivente italiano<sup>42</sup>, così come interpretato dalla recente sentenza delle Sezioni unite 12193/2019:

- la prevalenza attribuita aprioristicamente al divieto di maternità surrogata sul miglior interesse del minore, in assenza della valutazione del caso concreto<sup>43</sup>;

- l'inadeguatezza dell'istituto dell'adozione in casi particolari alla tutela dell'interesse del minore<sup>44</sup>, per la sua inidoneità a rispettare i requisiti di effettività e celerità richiesti dalla Corte EDU al fine di garantire il rispetto del diritto alla tutela della vita privata e familiare del minore di cui all'art. 8 CEDU.

La prima Sezione accoglie e richiama la migliore dottrina, pur non espressamente a causa del divieto *ex art.* 118, comma 3, disp. att. c.p.c. di "ogni citazione di autori giuridici" sulla cui costituzionalità vi sono

---

<sup>42</sup> Ritiene, infatti, la Corte rimettente "che nella decisione della causa non si possa prescindere dal predetto parere della Grande Camera che, sebbene non direttamente vincolante, impone scelte ermeneutiche differenti da quelle adottate dalle Sezioni Unite nella sentenza del 2019. Tuttavia la impossibilità di una opzione interpretativa in contrasto con quello che allo stato costituisce il diritto vivente, per come interpretato dalla più alta istanza della giurisdizione di legittimità, direttamente chiamata a pronunciarsi su una questione di massima importanza, e, per altro verso, la impossibilità di confermare una linea interpretativa che, per quanto si è detto sinora, si ritiene in contrasto con la posizione espressa dalla Corte Europea sullo stesso tema, induce a sollevare la questione di costituzionalità della L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, L. n. 218 del 1995, art. 64, comma 1, nonché del D.P.R. n. 396 del 2000, art. 18, se interpretati, come attualmente nel diritto vivente, come impeditivi, in via generale e senza valutazione concreta dell'interesse superiore del minore, della trascrizione dell'atto di nascita legalmente costituito".

<sup>43</sup> Secondo la Corte, infatti, il diniego al riconoscimento dello *status filiationis* legalmente acquisito all'estero "non può che essere il frutto di una valutazione in sede giurisdizionale e sulla base di una considerazione rigorosa del caso concreto che conduca a ritenere, in via eccezionale, corrispondente all'interesse specifico del minore il mancato riconoscimento dello stato di filiazione". Il bilanciamento, inoltre, "è stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio e la compressione dell'interesse superiore del minore in una ottica incompatibile con il dettato costituzionale (cfr., da ultimo, Corte Cost., sent. n. 236 del 2018) e comunque con modalità e in una misura irrazionale sproporzionata ed eccessiva con l'effetto di ribaltare la gerarchia di valori sottesa alla Carta costituzionale, incentrata sul principio personalistico di tutela dei diritti fondamentali della persona".

<sup>44</sup> Infatti, come afferma la Corte, "la predisposizione di mezzi alternativi alla trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero assume nella motivazione della Corte Europea la valenza di una diversa ma equiparata forma di riconoscimento dello *status filiationis* e non la predisposizione o l'utilizzazione di uno strumento di minor tutela confacente a una situazione di diritto affievolito".

fondati dubbi<sup>45</sup>, in ampie parti della motivazione della quale si riportano brevemente alcuni passaggi:

- "occorre, in proposito, muovere dal rilievo che l'ordine pubblico internazionale costituisce, anche secondo l'orientamento di una autorevole dottrina, il criterio di ragionevolezza sulla base del quale s'istituisce la gerarchia assiologica tra norme, postulando che l'applicazione di una legge straniera o il riconoscimento di efficacia di un atto straniero può spingersi sino al punto di creare, nel caso concreto, una frattura, rispetto all'ordinamento interno, derivante dall'applicazione della legge straniera o dal riconoscimento dell'atto straniero, ma non oltre il punto in cui il contrasto concerna i principi fondamentali e irrinunciabili del nostro sistema ordinamentale, ossia, in particolare, i principi ispirati alla tutela dei diritti fondamentali della persona umana e della sua dignità"<sup>46</sup>;

- "invero, come è stato rilevato da autorevole dottrina, la tutela dell'interesse superiore del minore – anche sotto il profilo della sua identità personale, familiare e sociale – e il principio di ordine pubblico solo apparentemente possono apparire due entità contrapposte perché, invece, è proprio il preminente interesse del minore, in quanto espressione della inviolabilità dei diritti della persona umana, a concorrere alla formazione del principio di ordine pubblico, ed a

---

<sup>45</sup> Esposti da PERLINGIERI, G., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, E.S.I., Napoli, 2015, pp. 59 ss., secondo il quale questo divieto, frutto di un retaggio culturale del passato, ormai anacronistico, che immaginava il giudice come semplice *bouche de la loi* ed espressione della volontà di contrastare il cd. dottrinarismo giuridico ad opera dei giudici nei secoli XVI e XVII, sarebbe contrario ad alcuni principi fondamentali, tra i quali il diritto di difesa, poiché impedisce alla parte un controllo diretto sulla fonte e quindi complica o addirittura preclude un'attenta analisi e una replica che possa valutare la fedeltà e l'autenticità del pensiero richiamato.

<sup>46</sup> Citando letteralmente e riportando pressoché integralmente BARBA, V., «L'ordine pubblico internazionale», cit., p. 446; ID, «Ordine pubblico e gestazione per sostituzione», *op. cit.*, p. 15: "l'ordine pubblico internazionale diventa, dunque, il criterio di ragionevolezza sulla base del quale si istituisce la gerarchia assiologica, affermando che l'applicazione di una legge straniera o il riconoscimento di efficacia di un atto straniero può e deve spingersi sino al punto di creare una frattura rispetto all'ordinamento del caso concreto derivante dall'applicazione della legge italiana, ma non oltre il punto in cui il contrasto concerna i principi fondamentali e irrinunciabili del nostro sistema ordinamentale, ossia i principi identificativi, *massime*, ispirati alla tutela dei diritti fondamentali della persona umana, che trovano una loro espressione normativa nell'art. 2 Cost."

costituire un valore che è parte integrante e costitutiva dell'ordine giuridico italiano"<sup>47</sup>.

Altro punto estremamente rilevante è quello in cui la Corte sostiene la necessità di distinguere una gestazione ispirata da intenti solidaristici - "nel pieno rispetto delle leggi di un Paese, quale il Canada, che condivide i fondamentali valori della nostra Costituzione e legittima solo la 'maternità surrogata' altruistica, cioè senza corrispettivo e diretta a fornire sostegno a favore di una nascita, che altrimenti non potrebbe avvenire, con il consenso, accertato dalle autorità giurisdizionali, della madre gestazionale e/o genetica a non assumere lo *status* di genitore per favorire l'avvento di una nuova vita" - da una gestazione realizzata con finalità di tipo commerciale.

Come afferma in maniera condivisibile il giudice rimettente, queste situazioni "all'evidenza meriterebbero una differente valutazione in termini assiologici e normativi" ma al contrario, sulla base della linea interpretativa criticata, "si è costretti ad accordare il medesimo trattamento". Questa soluzione, come rilevato, si ritiene irragionevole ed è frutto di quella che autorevolissima dottrina definiva "un'operazione di sussunzione sillogistica somigliante nel suo rigido automatismo alle operazioni aritmetiche"<sup>48</sup>; sacrifica, in nome di una non condivisibile concezione della certezza del diritto, intesa come ripetitività della soluzione<sup>49</sup>, la giustizia del caso concreto, la quale si sostanzia nell'individuazione della "normativa più adeguata e maggiormente compatibile con gli interessi e con i valori in gioco che non si può che ottenere da un'interpretazione teleologico-

---

<sup>47</sup> Aderendo all'idea, esposta e condivisa in precedenza, secondo la quale si deve negare che il miglior interesse del minore sia un contro-limite dell'ordine pubblico. Vedi BARBA, V., «Ordine pubblico e gestazione per sostituzione», cit., pp. 13-14: "non convince che il miglior interesse del minore debba giustapporsi all'ordine pubblico internazionale, dacché, dal mio punto di vista, il primo è esso stesso una clausola generale che concorre alla individuazione dell'ordine pubblico internazionale e non una sorta di meta principio che opera come contro-limite".

<sup>48</sup> BETTI, E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, II ed. a cura di G. GRIFO, Giuffrè, Milano, 1971, p. 283.

<sup>49</sup> Come afferma infatti PERLINGIERI, G., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., pp. 36 ss., "la certezza del diritto non dipende dalla ripetitività e dalla perpetuità della soluzione, bensì dalla prevedibilità, dalla controllabilità, o se si preferisce dalla calcolabilità della decisione alla luce, non tanto della fattispecie, la quale pur se prefissata minuziosamente dal legislatore è e sarà sempre incompleta, non esaustiva e suscettibile di integrazione, ma di un determinato sistema giuridico e dei suoi valori normativi".



assiologica<sup>50</sup> e permette di superare la risalente idea, sintetizzabile con il brocardo latino *dura lex sed lex*, secondo la quale il *casus legis* costituirebbe il confine dell'*interpretatio*, per cui anche quando la legge portasse a delle conseguenze irragionevoli, dovrebbe comunque essere in ogni caso applicata<sup>51</sup>.

Il caso concreto non può, pertanto, riprendendo le parole della Corte, "apparire irrilevante", come non può apparire irrilevante il profilo teleologico, che non costituisce una fuga dal diritto positivo perché, al contrario, è proprio "la considerazione teleologica a portarci nel cuore del positivismo giuridico, a farcene afferrare l'unità: unità nella direzione, nelle intenzioni dominanti, nei valori guida"<sup>52</sup>.

Allo stesso tempo, è da sottolineare e condividere l'affermazione secondo cui "il riconoscimento della decisione straniera non comporta alcun riconoscimento del contratto di maternità surrogata – la cui illiceità nell'ordinamento italiano non viene in discussione nel caso in esame – ma ha come effetto il riconoscimento dello *status* e dell'identità del figlio"<sup>53</sup> e il chiarimento per cui "il disvalore che la legge attribuisce alla condotta dei genitori, al punto anche di sanzionarla penalmente, non può riverberarsi sulla condizione giuridica del figlio, né per quanto riguarda l'accertamento di *status*, né per quanto riguarda le relazioni personali"<sup>54</sup>, a conferma del fatto, come precedentemente

---

<sup>50</sup> PERLINGIERI, P., «L'interpretazione della legge come sistematica e assiologica. Il brocardo *in claris non fit interpretatio*, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi», *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 1000.

<sup>51</sup> PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 316.

<sup>52</sup> SCARPELLI, U., *Cos'è il positivismo giuridico* (1965), introduzione e cura di CATANIA, A. e JORI, M., rist., E.S.I., Napoli, 1997, p. 83.

<sup>53</sup> Motivo per il quale, come afferma BARBA, V., *L'ordine pubblico internazionale*, cit., pp. 435-436, "una legge straniera che consentisse il ricorso alla maternità surrogata e, in particolare, a pratiche di procreazione medicalmente assistite, consistenti nella gestazione per conto altrui e nell'affitto di utero, mentre potrebbe considerarsi, astrattamente considerata, contraria ai principi e ai valori fondamentali del nostro ordinamento e, dunque, contraria all'ordine pubblico internazionale, dacché essa mina il principio fondamentale della dignità umana, in qualche sua applicazione concreta, nella quale si tratti di stabilire lo *status* del figlio nato per effetto di un affitto di utero, senza che si faccia una questione di validità del contratto o di ammissibilità di quella determinata tecnica di procreazione medicalmente assistita, potrebbe risultare conforme all'ordine pubblico internazionale".

<sup>54</sup> BARBA, V., *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione*, cit., p. 20: "mi pare, cioè, che non sia corretta, né conforme all'ordine pubblico internazionale una soluzione che aprioristicamente, per punire il contratto di gestazione per sostituzione, negasse in radice e aprioristicamente il riconoscimento dell'atto straniero che attesta un rapporto di filiazione del nato con i genitori di intenzione. Altro è il tema della

rilevato, che la clausola di ordine pubblico operi come limite concreto e non astrattamente. È, inoltre, da sottolineare il richiamo effettuato nell'ordinanza di rimessione alla concretizzazione del legame, in linea con il parere della Corte EDU, come momento in cui diventa irreversibile il diritto del minore al pieno riconoscimento del suo *status filiationis* in seguito a un ampio periodo di tempo trascorso con i genitori intenzionali<sup>55</sup> - in quanto "l'appartenenza a una comunità familiare non tollera geometrie variabili in funzione del luogo in cui si trova o andrà a vivere il minore" - poiché attraverso questo concetto, che permette di considerare le peculiarità del fatto concreto, la Corte<sup>56</sup> afferma l'inadeguatezza dell'istituto italiano dell'adozione in casi particolari in relazione alle prescrizioni del parere consultivo della Corte di Strasburgo, essendo insufficiente al fine di garantire una tutela piena ed effettiva dei diritti del minore.

## 5. Pronuncia n. 33/2021 della Consulta e ordinanza di rimessione alle Sezioni unite

La Corte Costituzionale, con la sentenza 33/2021, pur dichiarando la questione inammissibile e sollecitando un intervento legislativo, entra nel merito delle questioni poste dall'ordinanza di rimessione e svolge delle considerazioni di sicuro rilievo. La Consulta chiarisce, in

---

validità del contratto e degli effetti del contratto, altro il riconoscimento dell'atto straniero, ossia le conseguenze, mediate e indirette, del ricorso, in un paese in cui ciò è lecito e consentito, alla gestazione per sostituzione".

<sup>55</sup> BARBA, V., *op. cit.*, p. 20: "mi pare cioè che la valutazione fatta dalla Corte di Cassazione mentre potrebbe, forse, valere nel caso in cui il riconoscimento dell'atto di nascita formato all'estero venisse domandata in un momento sostanzialmente contestuale alla nascita del minore (ma anche in questo caso il bilanciamento andrebbe svolto in modo concreto), non potrebbe certamente valere nel caso in cui fosse intercorso molto tempo dalla nascita e il minore avesse instaurato con i genitori di intenzione un rapporto familiare stabile e si identificasse, addirittura, come componente di quella famiglia".

<sup>56</sup> Chiarendo i limiti alla discrezionalità del legislatore - sulla scia del parere della Corte EDU - la quale, se certamente va riconosciuta nella scelta delle modalità del riconoscimento, è, al contrario, estremamente limitata "per ciò che concerne il contenuto del riconoscimento che deve essere effettivo e tempestivo per non protrarre la situazione di vulnerabilità del minore come conseguenza del mancato riconoscimento immediato".

linea con quanto affermato in precedenza, che la questione non riguarda la maternità surrogata in sé ma lo stato del figlio<sup>57</sup>, rilevando il diritto del bambino ad avere due genitori responsabili della sua crescita e non il diritto alla genitorialità; pertanto, non i diritti dei genitori ma i loro doveri finalizzati al miglior interesse del minore<sup>58</sup>, il quale non può essere soddisfatto unicamente dal riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore biologico<sup>59</sup>, poiché sarà certamente maggiormente rispondente al suo miglior interesse il riconoscimento giuridico del suo rapporto con entrambi "laddove [...] il minore viva e cresca nell'ambito di un nucleo composto da una coppia di due persone, che non solo abbiano insieme condiviso e attuato il progetto del suo concepimento, ma lo abbiano poi continuativamente accudito, esercitando di fatto in maniera congiunta la responsabilità genitoriale". Nonostante la centralità dell'interesse del minore, viene però affermato, come era stato suggerito dalla migliore dottrina, che neanche questo possa sottrarsi al bilanciamento<sup>60</sup>, dovendo concorrere insieme agli altri principi e interessi alla definizione della soluzione nel caso concreto<sup>61</sup>.

La Consulta arriva poi a condividere il punto di equilibrio raggiunto dalla Corte EDU – la possibilità di non consentire la trascrizione di atti stranieri che riconoscano direttamente il rapporto di filiazione tra il bambino e il genitore d'intenzione a patto di garantire uno strumento alternativo effettivo e celere<sup>62</sup> – in quanto in

---

<sup>57</sup> Come affermano PERLINGIERI, G. e ZARRA, G., *op. cit.*, p. 99, "la questione non è semplicemente quella di riconoscere o meno gli effetti che derivano dal ricorso alla maternità surrogata, perché occorre offrire adeguata tutela a un bambino che - a questo punto - esiste ed è terzo, leso e in buona fede".

<sup>58</sup> Citando la sentenza, "qui in discussione è unicamente l'interesse del minore a che sia affermata in capo a costoro la titolarità giuridica di quel fascio di doveri funzionali agli interessi del minore che l'ordinamento considera inscindibilmente legati all'esercizio di responsabilità genitoriali. Doveri ai quali non è pensabile che costoro possano *ad libitum* sottrarsi".

<sup>59</sup> Come, invece, nel caso concreto oggetto del giudizio che poi ha portato alla questione di legittimità costituzionale.

<sup>60</sup> Sulla necessità di utilizzare in ogni caso la tecnica del bilanciamento, vedi le note 22 e 23.

<sup>61</sup> Sul ruolo del *best interest of the child* nel sistema ordinamentale, vedi le note 33 e 34.

<sup>62</sup> Chiarisce la Consulta che una soluzione che non dovesse offrire al bambino nessuna possibilità di riconoscimento finirebbe per strumentalizzare la persona del minore al fine di disincentivare la pratica della maternità surrogata, facendo riferimento a due recenti interventi della Corte con cui era stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della norma che poneva il divieto di riconoscimento dei figli nati da

linea con l'insieme dei principi costituzionali; accoglie però le riserve del giudice rimettente sull'istituto dell'adozione in casi particolari, essendo questa "una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali rammentati"<sup>63</sup>, e attribuisce al legislatore "il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata".

In seguito, la prima Sezione della Suprema Corte ha pronunciato ordinanza di rimessione alle Sezioni unite<sup>64</sup>, ritenendo che a causa della pronuncia della Consulta - avendo questa in gran parte condiviso le obiezioni mosse dall'ordinanza di rimessione e dalla dottrina<sup>65</sup> - si

---

incesto - poiché puniva i figli incolpevoli per la condotta dei genitori - e dell'automatica applicazione della sanzione accessoria della sospensione della responsabilità genitoriale nei confronti del genitore autore di un grave delitto ai danni del figlio in quanto strumento potenzialmente lesivo degli interessi del minore.

<sup>63</sup> Motivando in questo modo la Consulta: "l'adozione in casi particolari non attribuisce la genitorialità all'adottante. Inoltre, pur a fronte della novella dell'art. 74 cod. civ., operata dall'art. 1, comma 1, della legge 10 dicembre 2012, n. 219 (disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali), che riconosce la generale idoneità dell'adozione a costituire rapporti di parentela, con la sola eccezione dell'adozione di persone di maggiore età, è ancora controverso - stante il perdurante richiamo operato dall'art. 55 della legge n. 184 del 1983 all'art. 330 cod. civ. - se anche l'adozione in casi particolari consenta di stabilire vincoli di parentela tra il bambino e coloro che appaiono socialmente, e lui stesso percepisce, come i propri nonni, zii, ovvero addirittura fratelli e sorelle, nel caso in cui l'adottante abbia già altri figli propri. Essa richiede inoltre, per il suo perfezionamento, il necessario assenso del genitore "biologico" (art. 46 della legge n. 184 del 1983), che potrebbe non essere prestato in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia, nelle quali il bambino finisce per essere così definitivamente privato del rapporto giuridico con la persona che ha sin dall'inizio condiviso il progetto genitoriale, e si è di fatto presa cura di lui sin dal momento della nascita. Al fine di assicurare al minore nato da maternità surrogata la tutela giuridica richiesta dai principi convenzionali e costituzionali poc'anzi ricapitolati attraverso l'adozione, essa dovrebbe dunque essere disciplinata in modo più aderente alle peculiarità della situazione in esame, che è in effetti assai distante da quelle che il legislatore ha inteso regolare per mezzo dell'art. 44, comma 1, lettera d), della legge n. 184 del 1983".

<sup>64</sup> Cass. civ., Sez. I, ord. 21 gennaio 2022, n. 1842 in *De Jure Online*.

<sup>65</sup> Annoverando la sentenza della Consulta, nonostante sia d'inammissibilità, tra le cd. decisioni monitorie, nelle quali l'incostituzionalità viene accertata ma non dichiarata. Afferma, inoltre, la Corte che "la dichiarazione di inammissibilità della Corte Costituzionale, oltre a costituire, in primo luogo, una chiamata del legislatore a un intervento innovativo urgente, rappresenta, come avvenne nel 1998, una nuova chiamata delle Corti, e *in primis* delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, alla ricerca di una interpretazione idonea ad assicurare la protezione dei beni

sia formato un vuoto normativo, poiché sarebbero venuti meno i due assunti principali alla base del precedente delle Sezioni unite<sup>66</sup> e in quanto “una lettura della clausola di ordine pubblico come precostituita da una valutazione generale e aprioristica del legislatore che comporti la prevalenza della finalità antielusiva sull’interesse del minore e che conduca necessariamente al diniego del riconoscimento dello *status filiationis* non ha più alcun fondamento coerente nella motivazione della sentenza della Corte Costituzionale”.

La Corte, ulteriormente argomentando, sostiene che in un ordinamento costituzionale ispirato alla tutela dei diritti inviolabili della persona, della famiglia e di ogni formazione sociale ove si sviluppa la sua personalità, nessuno di questi possa essere sospensivamente condizionato *sine die* all’intervento del legislatore e che in questo caso spetti all’interpretazione giudiziale “adottare una soluzione ermeneutica volta a colmare la lacuna o a risolvere il conflitto rilevato dal giudice costituzionale rispettando le indicazioni sulle norme e i principi costituzionali in gioco che non possono essere violati”.

In linea con la migliore dottrina e l’ordinanza di rimessione n. 8325/2020, la Corte ribadisce anche la necessità che la valutazione di compatibilità con l’ordine pubblico debba essere compiuta in relazione al singolo caso concreto, con un bilanciamento da effettuarsi con proporzionalità, ragionevolezza e senza un’aprioristica definizione di prevalenza di un interesse in gioco<sup>67</sup>, neanche del miglior interesse del minore<sup>68</sup>.

---

costituzionali in gioco”.

<sup>66</sup> “In primo luogo il bilanciamento a priori in via generale e astratta, compiuto implicitamente dal legislatore e basato sull’attribuzione al divieto penale della surrogazione di maternità di un valore prevalente rispetto al riconoscimento della filiazione nei confronti del genitore intenzionale. In secondo luogo, la legittimità di tale esclusione aprioristica del riconoscimento, per essere praticabile da parte del genitore intenzionale la via [...] della adozione L. n. 184 del 1983, ex art. 44, lett. d)”.

<sup>67</sup> “Il rispetto di queste condizioni, che deriva dall’espressa motivazione della sentenza n. 33/2021 della Corte Costituzionale, deve portare quindi al superamento dell’interpretazione secondo cui il diritto fondamentale del minore a conservare lo *status filiationis* legittimamente acquisito all’estero costituisca un interesse destinato ad affievolirsi in caso di ricorso alla surrogazione di maternità, così come deve essere superata la riconduzione di questa interpretazione a una scelta compiuta una volta per tutte dal legislatore finalizzata a segnare il limite oltre il quale cessa di agire il principio di autoreponsabilità e torna a operare il *favor veritatis*”.

<sup>68</sup> “La stessa decisione della Corte Costituzionale richiama però l’opposta esigenza in un sistema costituzionale caratterizzato dal rapporto di integrazione reciproca di

## 6. Effetti pieni dell'adozione in casi particolari in seguito all'intervento della Corte Costituzionale n. 79/2022

Nelle more del giudizio delle Sezioni unite è intervenuta un'altra rilevante pronuncia della Consulta, n. 79/2022, la quale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 55 legge 184 del 1983, nella parte ove negava che l'istituto facesse sorgere rapporti civili tra l'adottato e i parenti dell'adottante, per violazione degli articoli 3, 31 e 117 co.1 della Costituzione, in riferimento alla tutela del diritto alla vita privata e familiare di cui al sopracitato articolo 8 della CEDU.

Questa pronuncia fa venir meno uno dei motivi per cui la Consulta nella sentenza 33/2021 aveva dichiarato l'inadeguatezza dell'istituto - per la sua discussa idoneità a costituire rapporti di parentela al di fuori dell'adottante - producendo ora effetti pieni, assicurando all'adottato di entrare a far parte dell'intera famiglia dell'adottante, consentendogli di "stabilire vincoli di parentela tra il bambino e coloro che appaiono socialmente, e lui stesso percepisce, come i propri nonni, zii, ovvero addirittura fratelli e sorelle, nel caso in cui l'adottante abbia già altri figli propri"<sup>69</sup>.

---

tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Carta costituzionale di non considerare automaticamente prevalente l'interesse del bambino rispetto ad ogni altro controinteresse in gioco".

<sup>69</sup> Riprendendo le argomentazioni sopracitate della Consulta nella sentenza n. 33/2021. La Corte, nelle argomentazioni della sentenza n. 79/2021, evidenzia l'irragionevolezza dell'esclusione dei legami parentali con la famiglia dell'adottante e la conseguente necessità di superare una disciplina ispirata da una visione patrimonialistica a favore di una personalista, in linea con la gerarchia assiologica propria del nostro sistema ordinamentale: "il quadro normativo richiamato palesa, dunque, che il minore adottato ha lo *status* di figlio e nondimeno si vede privato del riconoscimento giuridico della sua appartenenza proprio a quell'ambiente familiare, che il giudice è chiamato, per legge (art. 57, comma 2, della legge n. 184 del 1983), a valutare, al fine di deliberare in merito all'adozione. Ne consegue che, a dispetto della unificazione dello *status* di figlio, al solo minore adottato in casi particolari vengono negati i legami parentali con la famiglia del genitore adottivo. Irragionevolmente un profilo così rilevante per la crescita e per la stabilità di un bambino viene regolato con la disciplina di un istituto, qual è l'adozione del maggiore d'età, plasmato su esigenze prettamente patrimoniali e successorie. La norma censurata priva, in tal modo, il minore della rete di tutele personali e patrimoniali scaturenti dal riconoscimento giuridico dei legami parentali, che il legislatore della riforma della filiazione, in attuazione degli artt. 3, 30 e 31 Cost., ha voluto garantire a tutti i figli a parità di condizioni, perché tutti i minori possano crescere in un ambiente solido e protetto da vincoli familiari, a partire da quelli più vicini, con i fratelli e con i nonni. Al contempo, la disciplina censurata lede il minore

Si giunge così alla configurazione di una disciplina unitaria dell'adozione in relazione ai suoi effetti pieni<sup>70</sup> e, allo stesso tempo, si supera il dogma dell'esclusività dei rapporti familiari e si arriva a leggere in maniera unitaria e coerente l'adozione del minore e la filiazione<sup>71</sup>.

## 7. Riflessioni conclusive sulla pronuncia delle Sezioni unite n. 38612/2022 tra conferme e smentite

Infine, con la sentenza n. 38612 del 30 dicembre 2022, le SS.UU. hanno espresso il seguente principio di diritto: “poiché la pratica della maternità surrogata, quali che siano le modalità della condotta e gli scopi perseguiti, offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, non è automaticamente trascrivibile il provvedimento giudiziario straniero, e *a fortiori* l'originario atto di nascita, che indichi quale genitore del bambino il genitore d'intenzione, che insieme al padre biologico ne ha voluto la nascita ricorrendo alla surrogazione nel Paese estero, sia pure in conformità della *lex loci*. Nondimeno, anche il bambino nato da

---

nell'identità che gli deriva dall'inserimento nell'ambiente familiare del genitore adottivo e, dunque, dall'appartenenza a quella nuova rete di relazioni, che di fatto vanno a costruire stabilmente la sua identità”.

- <sup>70</sup> Come afferma FERRANDO, G., «Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?», <https://www.questionegiustizia.it/articolo/adozione-in-casi-particolari-e-rapporti-di-parentela>, p. 1, “potremmo dire che unico è il tipo di adozione del minore, ma diversi i percorsi che vi conducono a seconda delle circostanze in cui il minore si trova. Nello stesso tempo viene rimarcata la distanza tra adozione del minore e adozione del maggiorenne: la prima intesa a dare al minore una famiglia che sostituisce o affianca quella di origine, la seconda, invece, di matrice patrimoniale, secondo quella che è la funzione dell'adozione nella tradizione civilistica”.
- <sup>71</sup> Sulla portata assiologica della pronuncia vedi CHIRICHALLO, N., «Adozione in casi particolari e unità dello stato filiale. La Consulta indica al legislatore l'agenda della riforma», <https://www.rivostafamilia.it/2022/05/17/adozione-in-casi-particolari-e-unita-dello-stato-filiale-la-consulta-indica-al-legislatore-lagenda-della-riforma/>, secondo il quale è possibile cogliere appieno il significato della decisione della Consulta leggendo unitariamente filiazione e adozione: “appare di estremo rilievo, in tal senso, il già richiamato passaggio della sentenza nel quale si afferma che, per effetto dell'adozione in casi particolari, il minore adottato ha lo *status* di figlio”.

maternità surrogata ha un diritto fondamentale al riconoscimento, anche giuridico, del legame sorto in forza del rapporto affettivo instaurato e vissuto con colui che ha condiviso il disegno genitoriale. L'ineludibile esigenza di assicurare al bambino nato da maternità surrogata gli stessi diritti degli altri bambini nati in condizioni diverse è garantita attraverso l'adozione in casi particolari, ai sensi della L. n. 184 del 1983, art. 44, comma 1, lett. d). Allo stato dell'evoluzione dell'ordinamento, l'adozione rappresenta lo strumento che consente di dare riconoscimento giuridico, con il conseguimento dello *status* di figlio, al legame di fatto con il partner del genitore genetico che ha condiviso il disegno procreativo e ha concorso nel prendersi cura del bambino sin dal momento della nascita".

Le Sezioni unite giungono al principio di diritto in seguito a un complesso iter argomentativo, lungo il quale svolgono delle affermazioni di sicuro rilievo e in buona parte condivisibili.

*In primis* è da segnalare e condividere l'interpretazione conforme a Costituzione della norma di cui all'art. 46 della L. n. 184 del 1983<sup>72</sup>, attraverso la quale la Suprema Corte nega che il mancato assenso del genitore biologico esercente la responsabilità genitoriale sia in ogni caso preclusivo all'adozione, offrendo una lettura funzionalizzata della norma per cui il diniego non può essere frutto di un volere meramente potestativo, potendo e dovendo pertanto essere soggetto a valutazione dell'organo giudicante sulla base della sua conformità al miglior interesse del minore<sup>73</sup>. La Corte giunge a questa conclusione

---

<sup>72</sup> Come afferma l'organo giudicante, esercitando il dovere, a cui ciascun giudice è chiamato, di offrire un'interpretazione adeguatrice: "il Collegio delle Sezioni Unite, rimanendo nel solco del bilanciamento tracciato dalla Corte costituzionale, ritiene di dover in questa sede evidenziare le potenzialità dell'interpretazione costituzionalmente conforme, in vista del superamento della criticità legata al dissenso dell'unico genitore biologico, senza che occorra sollevare, persistendo l'omissione da parte del legislatore, una questione di legittimità costituzionale".

<sup>73</sup> Riprendendo le parole delle Sezioni unite: "in altri termini, il genitore biologico potrebbe negare l'assenso all'adozione del partner solo nell'ipotesi in cui quest'ultimo non abbia intrattenuto alcun rapporto di affetto e di cura nei confronti del nato, oppure abbia partecipato solo al progetto di procreazione ma abbia poi abbandonato il partner e il minore. Mettendo in collegamento l'art. 46 con l'art. 57 della L. n. 184 del 1983, che impone al giudice di valutare se l'adozione particolare realizzi in concreto il preminente interesse del minore, il rifiuto dell'assenso all'adozione, da parte del genitore biologico, appare ragionevole soltanto se espresso nell'interesse del minore, ossia quando non si sia realizzato tra quest'ultimo ed il genitore d'intenzione quel legame esistenziale la cui tutela costituisce il presupposto dell'adozione. Se tale relazione sussiste, il rifiuto non sarebbe certamente



sulla base di un'interpretazione sistematica e assiologica, non limitandosi alla lettera della disposizione<sup>74</sup> ma valutando il complessivo sistema ordinamentale, con un'argomentazione attenta alle conseguenze<sup>75</sup> che indaga gli interessi sottesi, la ragionevolezza della soluzione proposta e la conseguente irragionevolezza di un dissenso ostativo che in questo caso rischierebbe "non di vanificare l'acquisto di un legame ulteriore rispetto a quello che il minore ha con la famiglia di origine, ma proprio di sacrificare uno dei rapporti sorti all'interno della famiglia nella quale il bambino è cresciuto, privandolo di un apporto che potrebbe invece essere fondamentale per la sua crescita e il suo sviluppo". Inoltre le Sezioni unite, affermando la necessità di riconoscere giuridicamente il rapporto tra il minore e il genitore d'intenzione nel caso in cui "il progetto procreativo venga seguito dalla concretezza ed attualità dell'accudimento del minore e sia caratterizzato dall'esercizio in via di fatto della responsabilità genitoriale attraverso la cura costante del bambino", paiono richiamare ed accogliere la tesi espressa, in linea con la Corte EDU, dalla prima Sezione della Suprema Corte, nella sopracitata ordinanza di rimessione alla Consulta n. 8325 del 29 aprile 2020, la quale aveva individuato nella concretizzazione del legame il momento dal quale diviene irreversibile il diritto del minore al riconoscimento del suo *status filiationis*.

Pare, inoltre, condivisibile l'affermazione secondo la quale il nato non possa essere strumentalizzato in favore di esigenze general-preventive - non potendo ripercuotersi il disvalore della pratica sul suo destino e dovendo, al contrario, separare la fattispecie illecita dai suoi effetti - così come l'inquadramento teorico dell'ordine pubblico internazionale offerto dalle SS.UU., nella parte in cui viene confermata

---

giustificato dalla crisi della coppia committente né potrebbe essere rimesso alla pura discrezionalità del genitore biologico".

<sup>74</sup> Sull'inadeguatezza dell'art. 12 disp. prel. c.c. e del broccardo *in claris non fit interpretatio*, vedi diffusamente PERLINGIERI, P., *L'interpretazione della legge come sistematica e assiologica*, cit., pp. 990 ss. Come affermato, la chiarezza della norma non è il *prius* ma il *posterius* dell'interpretazione. Pertanto, ogni norma, per essere chiara, dev'essere interpretata, non potendosi fermare l'interprete alla lettera della disposizione in assenza di una necessaria indagine relativa al profilo logico, teleologico e assiologico.

<sup>75</sup> Come rilevato da PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 380, "l'interpretazione orientata alle conseguenze si risolve nel controllo di conformità dell'interpretazione al sistema, alla sua ragionevolezza"; vedi anche MENGONI, L., «L'interpretazione orientata alle conseguenze», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, pp. 1 ss.

la sua natura di clausola generale con valore non solo protettivo ma promozionale e il carattere successivo, negativo e concreto del controllo, operando non con riferimento alle disposizioni straniere ma in relazione agli effetti che la pronuncia è concretamente in grado di produrre. Si segnala, altresì, positivamente il superamento dell'idea secondo la quale il miglior interesse del minore sarebbe un contro-limite dell'ordine pubblico internazionale, riconoscendo, invece, che questo debba concorrere, con un ruolo preminente ma non tiranno, alla concretizzazione della clausola di ordine pubblico internazionale<sup>76</sup>.

Diversamente, sembra poter continuare a dare adito a confusione nella definizione del concetto l'affermazione della Corte, in linea con alcune pronunce precedenti<sup>77</sup>, per cui l'ordine pubblico internazionale si estenderebbe genericamente ai valori condivisi dalla comunità internazionale, poiché rischia di non far comprendere pienamente la natura di diritto interno del concetto. È corretto affermare che la clausola di ordine pubblico si compone anche delle norme di diritto internazionale e di diritto comunitario, ma è necessario chiarire che queste concorrono alla definizione del concetto in quanto facenti parte del nostro sistema ordinamentale<sup>78</sup> e non in quanto ordinamenti separati e distinti<sup>79</sup>.

È parimenti condivisibile il pensiero della Corte nella parte in cui esprime un generale *favor* nei confronti dell'istituto dell'adozione in casi particolari, ritenendolo, soprattutto alla luce dell'affermata sindacabilità del dissenso ostativo del *partner* e del superamento dell'esclusione del rapporto di parentela tra l'adottato e i parenti dell'adottante, "potenzialmente adeguato al fine di assicurare al minore nato da maternità surrogata la tutela giuridica richiesta dai principi convenzionali e costituzionali, restando la valutazione in ogni caso sottoposta al vaglio del giudice nella concretezza della singola vicenda e ferma la possibilità per il legislatore di intervenire in ogni momento per dettare una disciplina ancora più aderente alle

---

<sup>76</sup> Vedi le note 33 e 34.

<sup>77</sup> Tra cui Cass., 11 novembre 2000, n. 14662; Cass., 27 settembre 2012, n. 16511.

<sup>78</sup> Vedi le note 13-14-15-16.

<sup>79</sup> Sul punto è apprezzabile il richiamo da parte delle Sezioni unite al diritto dell'Unione Europea e non - come era stato affermato in precedenti pronunce - all'ordinamento dell'Unione Europea, così come alla funzione dell'art. 2 Cost. in relazione alla tutela dei diritti fondamentali, poiché riconosce l'unitarietà dell'ordinamento nella pluralità delle sue fonti.

peculiarità della situazione". Non può certamente negarsi la rilevanza degli interventi delle Sezioni unite e della Consulta, per effetto dei quali vengono superati alcuni dei profili maggiormente critici individuati dalla Corte EDU, dalla prima Sezione della Suprema Corte e della Consulta, così come è necessario valorizzare le specificità dello strumento che possono rendere certamente preferibile in molti casi il suo utilizzo, in quanto l'adozione in casi particolari permette il mantenimento dei rapporti del minore con la famiglia originaria, evitando una loro netta frattura<sup>80</sup> in possibile contrasto con il migliore interesse del minore, e tutela l'adottato da potenziali abusi a suo danno<sup>81</sup>. Allo stesso modo, non vanno taciute le altre criticità che continuano a caratterizzare l'istituto dell'adozione in casi particolari e che possono renderlo inadeguato nel disciplinare il singolo caso concreto. Certamente persiste il problema, non secondario soprattutto alla luce del requisito della celerità indicato dalla Corte EDU, dell'incertezza circa i tempi e gli esiti del procedimento - rimanendo pertanto sospesa per un tempo indefinito la definizione giuridica della relazione tra il genitore intenzionale e il nato - e il fatto che, nonostante il meritorio intervento relativo al consenso del *partner*, l'istituto continui ad essere esclusivamente rimesso alla discrezionalità degli adulti, in quanto non sussiste in capo al figlio un diritto autonomo ad essere riconosciuto come tale, essendo ciò necessariamente subordinato alla domanda dei genitori<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> Vedi PERLINGIERI, G., «In tema di ordine pubblico», cit., p. 20; RIZZUTI, M., *Adozione aperta e rapporti successori*, E.S.I., Napoli, 2021, pp. 5 ss.; FERRANDO, G., *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela*, cit., p. 3. Lo strumento dell'adozione in casi particolari, inoltre, come osserva la Corte nella pronuncia n. 79/2022, consente di non forzare il ricorso all'adozione piena.

<sup>81</sup> Come rileva PERLINGIERI, G., «Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata», cit., p. 341, nota 24, l'adottato "ha, a differenza dell'adottante, diritti sulla successione dell'adottante. [...] Inoltre, con riferimento alle condizioni dell'adottante, quest'ultimo ha la titolarità e l'esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale, l'obbligo di mantenimento, la responsabilità genitoriale ex art. 316 c.c. Inoltre, l'adottante non ha usufrutto legale sui beni dell'adottato, può utilizzare le rendite soltanto a beneficio dell'adottato, con l'obbligo di investire l'eccedenza in modo fruttifero, deve amministrare il patrimonio dell'adottando (art. 383 c.c.) e ha l'obbligo di realizzare l'inventario dei beni dell'adottato. Anche queste conseguenze nel complesso limitano il rischio di abusi a danno dei minori".

<sup>82</sup> Vedi sul punto FERRANDO, G., *op. cit.*, p. 8, la quale evidenzia come questo sia dato dal fatto che l'istituto dell'adozione presuppone di per sé che l'adottando abbia già dei genitori e che pertanto l'adozione riguardi il figlio altrui, non il proprio. Vedi

Ciò che non appare condivisibile è, in particolare, la conclusione con la quale la Corte nega, senza alcuna possibile eccezione, la trascrivibilità di qualsiasi atto straniero che riconosca il rapporto di filiazione tra nato a seguito di gestazione per sostituzione e genitore intenzionale, in quanto ritiene la pratica in qualunque caso lesiva della dignità umana. Le ragioni di questa critica non sono da ricercarsi nell'affermazione, da parte della Corte, di una concezione oggettiva della dignità umana in opposizione a una concezione soggettiva. È da accogliere infatti il rilievo della Corte per cui non sarebbe ammissibile nel nostro ordinamento una visione puramente soggettiva della dignità umana e non si ritengono, pertanto, condivisibili le argomentazioni per le quali il diritto all'autodeterminazione della gestante sarebbe di per sé sufficiente a giustificare la pratica e ad escluderne la sua lesività. Il concetto di dignità, nella sua peculiare declinazione sociale<sup>83</sup> propria della nostra esperienza costituzionale<sup>84</sup>, come valore condiviso dalla comunità, non si esaurisce infatti

---

anche GIOVAGNOLI, R., *Manuale di diritto civile*<sup>2</sup>, Ita, Bari, 2022, p. 188, il quale in maniera condivisibile ritiene che l'istituto dell'adozione in casi particolari sia adatto al caso delle famiglie ricomposte, al fine di riconoscere giuridicamente il terzo genitore, mentre nel caso di gestazione per sostituzione sia una soluzione di ripiego in quanto non vi è un altro genitore - la gestante non è infatti madre per la legge del luogo in cui è avvenuta la nascita - e pertanto "l'adozione appare una sorta di finzione (si adotta il figlio altrui, non il proprio), non garantisce al figlio lo *status* fin dalla nascita, ma solo successivamente, in seguito a un procedimento giudiziale che ha i suoi tempi, le sue procedure, le sue incertezze negli esiti". Per un'analisi dell'evoluzione giurisprudenziale che ha caratterizzato l'adozione in casi particolari vedi SALVI, G., *op. cit.*, pp. 499 ss.

<sup>83</sup> Sull'unitarietà dei concetti di dignità umana e sociale vedi LONARDO, L., «Il valore della dignità della persona nell'ordinamento italiano», *Rass. dir. civ.*, 2011, pp. 761 ss. e PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., pp. 164 ss., per il quale "persona di per sé è *nomen dignitatis*".

<sup>84</sup> Sulla differenza tra la concezione nordamericana e quella europea di dignità vedi FLICK, G. M., *Elogio della dignità*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2015, p. 14, il quale definisce la prima come "una nozione soggettiva e individualistica legata ai concetti di autonomia e libertà; fondata sul raziocinio e fondante il diritto alla *privacy* ed alle scelte dell'individuo. In essa prevale l'ottica delle libertà negative e della pretesa ad un comportamento omissivo; non un obbligo di intervento attivo dei pubblici poteri, per impedire violazioni della dignità o rimuovere ostacoli al riconoscimento di essa" Sempre secondo l'autore, "la concezione europea, invece, pone l'accento più sulla dimensione oggettiva della dignità; sulla connessione fra diritti e doveri e limiti, nell'esercizio della libertà di autodeterminazione; sulla indivisibilità delle libertà positive e di quelle negative; sulla responsabilità; sul rapporto fra valori da proteggere e diritti da riconoscere".

nell'autodeterminazione individuale<sup>85</sup>, ma concorre a tratteggiare il contenuto e a definire i limiti della libertà di ciascuno<sup>86</sup>, non solo verso gli altri ma anche verso se stessi<sup>87</sup>. La critica non è pertanto da rivolgersi alla concezione oggettiva della dignità sostenuta dalla Suprema Corte al fine di tutelare “il valore originario, non comprimibile e non rinunciabile di ogni persona”<sup>88</sup>, ma all'astrattezza

---

<sup>85</sup> Sulla dignità come limite all'autonomia individuale v. FLICK, G. M., *op. cit.*, pp. 75 ss.: “sia la dignità che la libertà richiedono fra di loro condizioni di reciprocità: la propria libertà si realizza attraverso il limite dell'altrui libertà e viceversa; la propria dignità si risolve nell'altrui rispetto di essa. Tanto consente di sottolineare il valore oggettivo, non soltanto soggettivo e individuale della dignità. [...] Proprio per questo non può concepirsi una possibilità di espansione della libertà del singolo a discapito della libertà di tutti e di ciascuno, compresa la sua”. Secondo LONARDO, L., *op. cit.*, p. 787, “se la Costituzione è interpretata come pare più corretto, cioè quale atto normativo che tutela lo sviluppo della personalità come suo impegno fondamentale (pur - si badi - statuendone la precedenza rispetto allo Stato), allora anche i processi di autodeterminazione di ognuno soggiacciono sempre al giudizio che l'ordinamento impone in termini di serietà del volere e soprattutto di apprezzamento positivo dell'agire: giudizio non generico, ma anch'esso basato sulla preminenza di un valore che ne legittimi la praticabilità e che al contempo ne ponga limiti, come - appunto - la dignità umana”. Sul punto v. anche BECCHI P., *Il principio dignità umana*, Morcelliana, Brescia, 2009, p. 83: “non sempre la dignità umana è sinonimo di autonomia, ma perché essa si ponga addirittura come un limite rispetto a questa ci vogliono certo ragioni molto forti”.

<sup>86</sup> Concezione espressione del principio personalista alla base del nostro sistema costituzionale, il quale tutela la persona come fine in sé ma lo fa in una chiave relazionale e non individualistica. Sul personalismo comunitario cristiano che, insieme al filone laico, è alla base della concezione personalista della Costituzione vedi MOUNIER, E., *Il personalismo*, a cura di CAMPANINI, G. e PARENTI, M., Editrice Ave, Roma, 2004, p. 102, secondo il quale “concentrare l'attenzione per la libertà esclusivamente sulla facoltà di scelta significa togliere alla libertà la sua forza e renderla ben presto impotente alla scelta stessa”; per una riflessione critica su una considerazione puramente astratta della libertà del volere vedi GIANTURCO, E., «L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale», *Le Prolusioni dei civilisti*, E.S.I., Napoli, 2012, per il quale sarebbe “un'amara irrisione parlare di libertà del volere e di uguaglianza del diritto a chi muore di fame nei campi e nelle strade”.

<sup>87</sup> Si ritiene di richiamare e accogliere le considerazioni sulla dignità nel nostro assetto costituzionale espresse da DI MARTINO, A., *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive: autodeterminazione, salute, dignità*, Mimesis, Milano, 2020, pp. 156 ss., pur non condividendo le precedenti considerazioni in merito al controllo di ordine pubblico internazionale. Vedi anche BECCHI P., *op. cit.*, p. 50, il quale richiama il pensiero del filosofo israeliano Avishai Margalit, per il quale la dignità è “la rappresentazione del rispetto di sé”.

<sup>88</sup> Sulla scorta della filosofia kantiana, che impone di considerare l'umanità sempre come fine e non soltanto come mezzo, vedi KANT, I., *Fondazione della metafisica dei costumi*, trad. it. *Scritti morali*, a cura di CHIODI P., Utet, Torino, 1970, p. 88.

della sua considerazione in relazione alla clausola di ordine pubblico internazionale.

La Corte, infatti, definendo in ogni caso non trascrivibile l'atto straniero che riconosca il rapporto di filiazione tra il nato da gestazione per sostituzione e il genitore intenzionale, continua ad escludere l'imprescindibile carattere concreto del controllo di conformità all'ordine pubblico internazionale, in contrasto con l'affermazione svolta dalle stesse Sezioni unite nella sentenza, secondo cui deve comunque restare ferma "la valutazione in ogni caso sottoposta al vaglio del giudice nella concretezza della singola vicenda", la quale si risolve in una mera formula vuota alla luce del principio di diritto espresso che, indicando una soluzione aprioristica, nega al giudice un'analisi della vicenda concreta. Allo stesso modo le SS.UU. sembrano continuare di fatto a valutare, nonostante l'opposta affermazione, la contrarietà non degli effetti prodotti dal riconoscimento del provvedimento straniero, ma della normativa straniera e del fenomeno della maternità surrogata in sé, perché nella valutazione degli effetti di un provvedimento non si può negare ogni rilevanza alle peculiarità del caso concreto in esso regolato, non potendo pertanto essere affermata la compatibilità o meno con l'ordine pubblico in assoluto e in maniera definitiva, poiché è nel momento applicativo che la clausola di ordine pubblico si concretizza. In assenza del momento applicativo si può, e in questo senso sarebbe pienamente condivisibile, affermare un principio e una generale presunzione di compatibilità dell'adozione in casi particolari, nella sua configurazione attuale, come strumento "potenzialmente adeguato" alla tutela dei diritti del nato, riconoscendo però la possibilità che in taluni casi, pur magari residuali, anche la trascrizione lo possa essere. L'impedimento sarebbe dato dal fatto che la pratica offenderebbe sempre e comunque la dignità della gestante, in quanto secondo la Corte questa sarebbe ridotta "a mero servizio gestazionale" e la pratica consisterebbe "nella riduzione del corpo della donna ad incubatrice meccanica, a contenitore di una vita destinata ad altri".

L'idea di considerare ogni tipo di pratica lesiva della dignità umana della gestante sembra principalmente dettata da una volontà ordinatrice della Sezioni unite, forse in nome di un'exasperazione della propria funzione nomofilattica. Infatti, in vari passaggi della sentenza - dal riferimento alle parole della Consulta sul "rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed

economiche disagiate”, alla condanna espressa dal Parlamento Europeo verso “qualsiasi forma di maternità surrogata a fini commerciali”, fino all’idea per cui un’apertura a pratiche ispirate a solidarietà sarebbe pericolosa perché aprirebbe a chine scivolose di deprecabile sfruttamento di donne in condizioni di estremo bisogno - sembra emergere, più che l’indistinta lesività della pratica in sé e per sé considerata, una differenziazione e preoccupazione per quella a fini commerciali consistente nello sfruttamento economico della gestante in situazione di bisogno. Anche nel caso in cui non si ritenesse una gestazione altruistica di per sé meritevole, sembra comunque difficile ritenerla assolutamente ed irrimediabilmente, e in ogni caso, lesiva della dignità della gestante e perciò contraria all’ordine pubblico internazionale<sup>89</sup>, pur potendo concretamente in taluni casi certamente esserlo<sup>90</sup>. Tra i motivi che paiono più pregnanti tra quelli espressi dalla Corte vi è certamente la finalità general-preventiva, la quale potrebbe essere garantita unicamente, secondo le Sezioni unite, dal divieto in via assoluta. Il ragionamento della Corte si può riassumere con un sillogismo:

1) premessa maggiore: “il nostro sistema vieta qualunque forma di surrogazione di maternità, sul presupposto che solo un divieto così ampio è in grado, in via precauzionale, di evitare forme di abuso e sfruttamento di condizioni di fragilità”;

2) premessa minore: “di fronte a una scelta legislativa dettata a presidio di valori fondamentali, non è consentito all’interprete ritagliare dalla fattispecie normativa, per escluderle dal raggio di operatività dell’ordine pubblico internazionale, forme di surrogazione

---

<sup>89</sup> Come afferma BARBA, V., *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione*, cit., pp. 20-21, “pensiamo al caso di due sorelle o cugine una delle quali, pur essendo fertile, non possa, per un problema medico, portare a termine una gravidanza e pensiamo al caso in cui l’altra si offra di portare a termine la gravidanza facendosi impiantare l’embrione costituito dai gameti della parente (sorella/cugina) e del marito dell’ultima. Postulare che in questo caso la gestazione per sostituzione offenda irrimediabilmente la dignità della donna è conclusione che mi lascia molto perplesso e, ancora di più, che tale fenomeno possa minare nel profondo le relazioni umane. All’esatto contrario, mi sentirei di affermare che tale fenomeno non soltanto non offende la dignità della donna, ma, addirittura, potrebbe essere capace di rafforzare le relazioni umane”. Vedi anche RODOTÀ, S., *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Laterza, Bari, 2014, pp. 51-52, il quale, evidenziando i casi e i modi in cui la solidarietà opera all’interno delle relazioni familiari, fa riferimento alla maternità di sostituzione la cui legittimità viene fondata, nei paesi in cui questa è ammessa, nel legame di solidarietà tra donne da privilegiare nel suo intreccio con la gratuità.

<sup>90</sup> A conferma del carattere concreto del controllo. Vedi sul punto la nota 53.

che, sebbene in Italia vietate, non sarebbero in grado di vulnerare, per le modalità della condotta o per gli scopi perseguiti, il nucleo essenziale del bene giuridico protetto”;

3) conclusione: la pratica è irrimediabilmente contraria all’ordine pubblico internazionale.

Ciò che inficia la correttezza della conclusione è il secondo postulato, in ragione del quale, essendo presente una disposizione legislativa interna di divieto a presidio di valori fondamentali, l’interprete non potrebbe escludere la contrarietà all’ordine pubblico internazionale di forme di surrogazione che non siano in grado di vulnerare il bene giuridico protetto. Ammettendo che questa considerazione sia corretta in riferimento alla legge nazionale, per cui il giudice non potrebbe escludere l’operatività del divieto in caso di surrogazione altruistica svolta nel territorio italiano<sup>91</sup>, non può dirsi lo stesso nel caso in cui si debba valutare la contrarietà all’ordine pubblico internazionale, per le ragioni precedentemente esposte della natura concreta del controllo degli effetti. Se infatti il giudice riscontrasse un caso in cui la pratica non avesse concretamente vulnerato “per le modalità della condotta o per gli scopi perseguiti il nucleo essenziale del bene giuridico protetto”, non solo potrebbe ma dovrebbe considerare gli effetti conformi all’ordine pubblico internazionale. Non si può ritenere che questo, come afferma la Corte, significhi “ritagliare dalla fattispecie normativa forme di surrogazione”, perché il giudice deve effettuare una valutazione diversa, limitata agli effetti prodotti e alla loro conformità all’ordine pubblico internazionale.

Il controllo di conformità all’ordine pubblico impone di rifuggire da un’astratta e semplificatoria definizione di una soluzione ora e per sempre e vincola l’interprete a un costante controllo, valutando e valorizzando le peculiarità del singolo fatto e le conseguenti differenze in termini di effetti da esso prodotti. Non può, infatti, escludersi che possa essere concretamente preferibile, poiché maggiormente

---

<sup>91</sup> Non è questa la sede per discutere in maniera approfondita circa l’ampio dibattito avente ad oggetto la necessità di regolare la gestazione solidale per altri. Si richiamano in questo senso, tra gli altri, il recente intervento di PISU, A., «Procreazione medicalmente assistita e gestazione per altri. Riflessioni per un ripensamento del divieto assoluto di maternità surrogata», in *Le attuali prospettive della previdenza complementare e della sanità integrativa*, a cura di E. PIRAS, E.S.I., Napoli, 2022, pp. 147 ss. e quello di VALONGO, A., *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, E.S.I., Napoli, 2017, pp. 169 ss.



conforme ai principi del sistema, la trascrizione rispetto all'adozione, specialmente nei casi in cui vi sia un legame già concretizzato, sulla base di un rapporto di lunga durata tra il genitore intenzionale e il nato, al momento della richiesta di trascrizione. Si considerino, esemplificativamente, due casi: dal più noto delle gemelle *Menesson*, come deciso dalla Suprema Corte Francese con la sentenza n. 648 del 2019<sup>92</sup>, a quello deciso dalla Corte d'Appello di Bari il 13 febbraio 2009<sup>93</sup>. In entrambi i casi si è ritenuta, correttamente, preferibile la strada della trascrizione dell'atto di nascita straniero in ragione del preesistente legame pluriennale tra i nati e i genitori intenzionali, la cui concretizzazione imponeva al giudice di evitare di lasciare ulteriormente privi di tutela i nati, riconoscendo immediatamente a livello giuridico, attraverso la trascrizione, quel legame sociale che questi avevano sempre avuto, fin dalla loro nascita e per un lungo periodo di tempo, con il genitore intenzionale.

All'opposto, si può considerare il differente caso, altrettanto noto, *Paradiso e Campanelli*<sup>94</sup>, in cui è stata negata la trascrizione dell'atto di

---

<sup>92</sup> Per la ricostruzione della travagliata vicenda giudiziaria - alla base del primo parere reso dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo in ragione del protocollo n. 16 alla Cedu (nota 37) - vedi diffusamente TULLIO, L., «Nascere da madre surrogata e vivere inseguendo un legame. Il lungo cammino delle gemelle Mennesson», *Dir. succ. fam.* 2020, pp. 1035 ss. In questo caso, la Cassazione francese non sceglie la strada dell'adozione, pur prevalente nella giurisprudenza francese, per l'esigenza di evitare di lasciare le gemelle - dopo diciotto anni di rapporto di parentela di fatto con la madre d'intenzione - prive di celere tutela.

<sup>93</sup> App. Bari, 13 febbraio 2009, *Giur. merito*, fasc. 2, 2010, pp. 358 ss., con nota di DELL'UTRI, M., «Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione». In questo caso una coppia di coniugi composta da marito inglese e moglie italiana si era rivolta, secondo la legge inglese, ad un'associazione di volontari disposti a collaborare ad un progetto di gestazione per sostituzione, e in seguito a ciò una donna aderente all'associazione aveva accettato, a titolo gratuito, di sottoporsi a fecondazione con il seme del marito, impegnandosi a portare a termine la gravidanza al fine di realizzare il progetto di genitorialità della coppia. Dopo molti anni - dodici anni dalla prima gravidanza (1997) e nove dalla seconda (2000) -, nel 2009, in seguito alla separazione dei due coniugi, la madre chiedeva al giudice italiano la trascrizione dei due *parental orders* inglesi che attribuivano anche a lei la genitorialità, in quanto madre d'intenzione.

<sup>94</sup> Vedi le due pronunce della Corte EDU: prima Corte EDU, 27 gennaio 2015, n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli v. Italia*, in *Foro it.*, 2015, pp. 117 ss., e successivamente Corte EDU, Grande Camera, 24 gennaio 2017, n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli v. Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, pp. 501 ss. In questo caso, sono le peculiarità del caso concreto - il chiaro intento elusivo del divieto interno da parte della coppia, l'assenza di discendenza genetica con il minore e la mancanza di un rapporto di fatto già instaurato con i genitori - ad escludere la trascrizione. Sul

nascita, tra gli altri motivi, anche in ragione del fatto che il rapporto tra i genitori d'intenzione ed il nato non si fosse concretizzato e non vi fosse quindi alcun legame sociale preesistente da riconoscere giuridicamente.

Conclusivamente, si ritiene che non vi possa essere, specialmente nel caso del controllo concreto di conformità all'ordine pubblico internazionale, una soluzione preconfezionata, ma che debba valutarsi quale sia il giusto rimedio, secondo ragionevolezza, alla luce delle caratteristiche proprie del fatto concreto oggetto di giudizio.

È necessario, quindi, tenere conto dell'insufficienza, ai fini della soluzione circa la conformità all'ordine pubblico internazionale, della semplice riconduzione del singolo caso all'interno della categoria della maternità surrogata o gestazione per altri, poiché comprendente al suo interno casi ben diversi non equiparabili, e della complessità della realtà che impone al giurista di non fermarsi a una comoda soluzione per risolvere ripetitivamente e una volta per tutte la questione, ma richiede di ricercare costantemente la giustizia nel caso concreto, trattando situazioni diverse in maniera necessariamente diversa.

## Bibliografia

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado?» *La gobernanza del interés público global, XXV Jornadas de Profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales*, Madrid, 2015.

ANRÒ L.A., «Il primo parere reso dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo ai sensi del protocollo 16 alla Cedu: Il nuovo strumento alla prova del dialogo tra giudici sul delicato tema della maternità surrogata», <http://www.sidiblog.org/2019/05/06/il-primo-parere-reso-dalla-corte-europea-dei-diritti-delluomo-ai-sensi-del-protocollo-n-16-alla-cedu-il-nuovo-strumento-alla-prova-del-dialogo-tra-giudici-sul-delicato-tema-della-maternita/>.

BADIALI, G., *Ordine Pubblico e diritto straniero*, Giuffrè, Milano, 1963.

---

punto, tra gli altri, SALVI, G., *op. cit.*, p. 521, nota 75 e SERRAVALLE, S., *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore*, E.S.I., Napoli, 2018, pp. 34 ss.

BARBA, V., «Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019», *GenIUS* 2-2019.

BARBA, V., «L'ordine pubblico internazionale», *Rass. dir. civ.*, 2018.

BARBA, V., «Note minime sull'ordine pubblico internazionale», *www. Articolo 29.it*, *La trascrizione dei certificati di nascita fra sindaci, giudici e Sezioni unite: dieci brevi contributi per un dibattito attuale*, 2018.

BECCHI P., *Il principio dignità umana*, Morcelliana, Brescia, 2009.

BETTI, E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, II ed. a cura di G. GRIFÒ, Giuffrè, Milano, 1971.

BIANCA, M., «La tanto attesa decisione delle sezioni unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore», *Familia*, 2019.

BIANCHINI, P., «L'applicazione delle normative straniere richiamate in materia di rapporti personali tra coniugi», *Giust. civ.*, 1982.

CALDERAI, V., «La tela strappata di Ercole. A proposito dello stato dei nati da maternità surrogata», *Nuova giur. civ. comm.*, 2020.

CAMPIGLIO, C., «Ordine pubblico [dir. int. priv.]», [https://www.treccani.it/enciclopedia/ordine-pubblico-dir-int-priv\\_\(Diritto-on-line\)](https://www.treccani.it/enciclopedia/ordine-pubblico-dir-int-priv_(Diritto-on-line)).

CAROCCIA, F., *Ordine pubblico, La gestione dei conflitti culturali nel diritto privato*, Jovene, Napoli, 2018.

CHIRICALLO, N., «Adozione in casi particolari e unità dello stato filiale. La Consulta indica al legislatore l'agenda della riforma», <https://www.rivistafamilia.it/2022/05/17/adozione-in-casi-particolari-e-unita-dello-stato-filiale-la-consulta-indica-al-legislatore-lagenda-della-riforma/>.

DANISI, C., «Superiore interesse del fanciullo, vita familiare o diritto all'identità personale per il figlio nato da una gestazione per altri all'estero? L'arte del compromesso a Strasburgo», <http://www.articolo29.it/2014/superiore-interesse-fanciullo-vita-familiare-diritto-allidentita-personale-per-figlio-nato-gestazione-per-allestero-larte-compromesso-strasburg/#more-8572>.

DELL'UTRI, M., «Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione», *Giur. merito*, fasc. 2, 2010.

DI MARTINO, A., *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive: autodeterminazione, salute, dignità*, Mimesis, Milano, 2020.

FERRANDO, G., «Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento», *Fam. dir.*, 2019.

FERRANDO, G., «Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?», <https://www.questionegiustizia.it/articolo/adozione-in-casi-particolari-e-rapporti-di-parentela>.

FERRI, G.B., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Giuffrè, Milano, 1970.

FLICK, G. M., *Elogio della dignità*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2015.

GATTUSO, M., «Certeza e tempi “breves que possible” per trascrizioni e adozioni in casi particolari dopo il parere Cedu 10/4/2019», <http://www.articolo29.it/2019/certeza-tempi-breves-que-possible-trascrizioni-adozioni-casi-particolari-parere-cedu-10-4-2019/>.

GENTILE, F., *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Cedam, Padova, 2006, p. 216.

GIANTURCO, E., «L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale», *Le Prolusioni dei civilisti*, E.S.I., Napoli, 2012.

GIOVAGNOLI, R., *Manuale di diritto civile<sup>2</sup>*, Ita, Bari, 2022.

KANT, I., *Fondazione della metafisica dei costumi*, trad. it. *Scritti morali*, a cura di CHIODI, P., Utet, Torino, 1970.

LONARDO, L., «Il valore della dignità della persona nell'ordinamento italiano», *Rass. dir. civ.*, 2011.

MENGONI, L., «L'interpretazione orientata alle conseguenze», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994.

MOUNIER, E., *Il personalismo*, a cura di CAMPANINI, G. e PARENTI, M., Editrice Ave, Roma, 2004.

PALAIA, N., *L'ordine pubblico internazionale*, Cedam, Padova, 1974.

PERLINGIERI, G., «In tema di ordine pubblico», in *Il diritto civile tra principi e regole*, E.S.I., Napoli, 2022.

PERLINGIERI, G., «Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata», *Dir. succ. fam.*, 2, 2019.

PERLINGIERI, G. e ZARRA, G., *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, E.S.I., Napoli, 2018.

PERLINGIERI, G., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, E.S.I., Napoli, 2015.

PERLINGIERI, P. e FEMIA, P., in PERLINGIERI P., *Manuale di diritto civile*, X ed., E.S.I., Napoli, 2021.

PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, E.S.I., Napoli, 2020,

PERLINGIERI, P., «Il diritto come discorso? Dialogo con Aurelio Gentili», *Rass. dir. civ.*, 2014.

PERLINGIERI, P., *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, E.S.I., Napoli, 2008.

PERLINGIERI, P., «L'interpretazione della legge come sistematica e assiologica. Il broccardo *in claris non fit interpretatio*, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi», *Rass. dir. civ.*, 1985.

PISU, A., «Procreazione medicalmente assistita e gestazione per altri. Riflessioni per un ripensamento del divieto assoluto di maternità surrogata», in *Le attuali prospettive della previdenza complementare e della sanità integrativa*, a cura di E. PIRAS, E.S.I., Napoli, 2022

RIZZUTI, M., *Adozione aperta e rapporti successori*, E.S.I., Napoli, 2021.

RODOTÀ, S., «Il tempo delle clausole generali», *Riv. crit. dir. priv.*, 1987.

RODOTÀ, S., *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Bari, 2014.

ROPPO, V., *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2011.

SALVI, G., «Percorsi giurisprudenziali in tema di omogenitorialità», *Dir. succ. fam.*, 2021.

SCARPELLI, U., *Cos'è il positivismo giuridico* (1965), introduzione e cura di A. CATANIA e M. JORI, rist., E.S.I., Napoli, 1997.

SCHMITT, C., *Die Tyrannei der Werte*, Kohlhammer, Stuttgart, 1967 (trad. it. *La tirannia dei valori. Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori*, con un saggio di VOLPI, F., Adelphi, Milano, 2008).

SCHUSTER A., «Gpa: La tutela del minore limite invalicabile», <http://www.articolo29.it/2019/gpa-la-tutela-del-minore-limite-invalicabile/>

SERRAVALLE, S., *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore*, E.S.I., Napoli, 2018.

TONOLO, S., «Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo», [https://arts.units.it/retrieve/handle/11368/2841194/284542/8166\\_11368\\_2841194%20EUT.pdf](https://arts.units.it/retrieve/handle/11368/2841194/284542/8166_11368_2841194%20EUT.pdf).

TULLIO, L., «Nascere da madre surrogata e vivere inseguendo un legame. Il lungo cammino delle gemelle Mennesson», *Dir. succ. fam.* 2020.

VALONGO, A., *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, E.S.I., Napoli, 2017.

VIZZONI, L., «La Cassazione conferma la stepchild adoption della minore da parte della partner omosessuale della madre biologica», *www.rivistafamilia.it*.

# Tutela del minore straniero tra norme di applicazione necessaria ed ordine pubblico

*Federico Ioannoni Fiore*

**ABSTRACT:** Il contributo intende analizzare la situazione del minore straniero residente in Italia, i cui genitori abbiano instaurato un procedimento di divorzio nel Paese di provenienza. Il problema, creatosi in sede giurisprudenziale di merito, si rinviene nell'individuazione della giurisdizione straniera, previamente adita per il giudizio di divorzio, anche per i provvedimenti relativi alla prole e, in particolare, al contributo di mantenimento. Tale orientamento comporta uno scollamento tra il luogo di statuizione del suddetto contributo – il Paese estero – e quello in cui esso viene percepito: l'Italia. Qualora la decisione del giudice straniero ponga condizioni difficilmente conciliabili con lo stile di vita (ad esempio un contributo troppo basso poiché calcolato alla stregua dei costi locali) e/o le norme di applicazione necessaria, si potrebbe profilare un'incompatibilità con le norme del diritto internazionale privato, con il Regolamento UE 1111/2019, con la Convenzione Aja 19 ottobre 1996 o, quantomeno, con il superiore interesse del minore. Ci si propone, dunque, di operare una risoluzione del problema ex ante, applicando le succitate fonti normative, o ex post, immaginando un'impossibilità di dispiegamento degli effetti di tale provvedimento per contrarietà all'ordine pubblico ex art. 64 L. 218/1995.

**SOMMARIO:** 1. Considerazioni introduttive, individuazione del problema e premesse metodologiche. – 2. Breve analisi casistica. – 3. La natura del contributo di mantenimento in favore dei figli tra funzione sociale, perequativa e diritto delle obbligazioni. – 4. Le norme riguardanti la giurisdizione sui provvedimenti relativi alla prole: il principio di prossimità. – 5. Il problema derivante dall'art. 7 l. n. 218 del 1995 e le possibili soluzioni: la prevalenza del principio di

prossimità e l'impossibilità del provvedimento del giudice straniero di dispiegare i propri effetti alla luce dell'ordine pubblico e delle norme di applicazione necessaria. – 6. Conclusioni.

## 1. Considerazioni introduttive, individuazione del problema e premesse metodologiche

Il diritto di famiglia, come è noto, è una sovrastruttura comprensiva di regole appartenenti a diversi settori dell'ordinamento, seppur in dissimile misura. Benché esso venga generalmente ascritto alla branca del diritto privato, certamente la realtà familiare e le vicissitudini che la riguardano assumono rilevanza anche nel diritto costituzionale, penale, processuale e, per quanto qui di interesse, nel diritto internazionale privato<sup>1</sup>.

Se è vero che il diritto evolve seguendo i mutamenti della società cui si rivolge, tale correlazione emerge spiccatamente nel ramo dell'ordinamento riferito alla famiglia: si è passati da una visione di essa legata alla tradizione borbonica, che imponeva l'indissolubilità del vincolo, ad una legislazione che – sulla scorta della modificazione del tessuto sociale e dell'instabilità dei rapporti affettivi e di coppia – sta concentrando i propri sforzi nell'istituzione di modalità sempre più celeri di scioglimento del matrimonio. L'ordinamento, dunque, recepisce e ratifica i risultati dello sviluppo di una diversa sensibilità collettiva, modificando persino le proprie fondamenta.

Così, ad esempio, si è frantumato il concetto unitario di famiglia e sono emersi nuovi paradigmi di essa e della genitorialità<sup>2</sup>; i minori risultano spesso inseriti in contesti precedentemente inimmaginabili; l'approccio generale, politico e regolatorio, ha subito una "deriva" personalistica, tanto da condurre parte della dottrina ad affermare che si sia passati dalla tutela degli interessi "della famiglia" all'esigenza di protezione degli interessi "nella famiglia"<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Sottolinea in questo modo la vastità degli interessi sottesi alla regolamentazione della famiglia SESTA, M., *Manuale di diritto di famiglia*, Cedam, Padova, 2021, p. 8.

<sup>2</sup> Si rimanda, al riguardo, al contributo di VALENZA, C. A., «L'itinerario italiano della maternità surrogata nel quadro di una giurisprudenza evolutiva: linee di una soluzione», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, pp. 756-805.

<sup>3</sup> Il mutamento di prospettiva è dimostrato dalla ormai pacificamente ritenuta



Un'ulteriore e precipua modificazione può essere analizzata partendo da una prospettiva "geografica". I flussi migratori, un'economia fondata sui traffici intercontinentali e il generale fenomeno di globalizzazione (che ha investito anche i rapporti intimi e personali) hanno provocato la crescita del numero di famiglie c.d. "internazionali"<sup>4</sup>. Queste ultime – i cui membri hanno nazionalità differente o non hanno la cittadinanza nel paese in cui risiedono – non sono immuni dai problemi che investono i nuclei "classici".

Pertanto, si registra un crescente numero di liti c.d. "transfrontaliere" tra genitori, il che porta ad interrogarsi sugli strumenti di tutela da apprestare nei confronti dei minori con cittadinanza comunitaria ed extracomunitaria. Quanto detto giustifica l'inserimento del diritto internazionale privato nell'elenco di materie affini al diritto di famiglia, a maggior ragione considerando le implicazioni dell'attribuzione all'una o all'altra giurisdizione nazionale di un provvedimento concernente il minore<sup>5</sup>, soggetto da considerarsi come quello maggiormente vulnerabile nella famiglia<sup>6</sup>.

Nelle pagine che seguono ci si focalizzerà su un problema in particolare che può travolgere le istanze di protezione del minore.

Il presente contributo, difatti, intende analizzare la situazione del minore straniero residente in Italia, i cui genitori abbiano instaurato un procedimento di divorzio nel Paese di provenienza. Le storture, create in sede giurisprudenziale di merito, si rinvergono nell'individuazione della giurisdizione straniera, previamente adita

---

configurabilità del c.d. "illecito endofamiliare", ossia dall'ingresso della responsabilità civile nelle relazioni familiari, che testimonia l'attenzione dell'ordinamento alle prerogative dei singoli individui, un tempo sacrificate dalle incombenti potestà familiari: cfr. SESTA, M., *op. cit.*, pp. 487 ss.

<sup>4</sup> Nel 2019 la Commissione Europea ha stimato che nel territorio dell'UE erano presenti almeno 16 milioni di famiglie internazionali, e che ogni anno si registrano circa 140.000 divorzi internazionali e 1800 casi di sottrazione di minori da parte di un genitore. Cfr. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/MEMO\\_19\\_3374](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/MEMO_19_3374)

<sup>5</sup> Anche nel contesto europeo si registra un atteggiamento di prudenza delle istituzioni, da sempre restie a trattare in sede sovranazionale argomenti inerenti allo status delle persone, disciplinati solo marginalmente ed in via residuale al fine di salvaguardare l'identità delle varie culture nazionali. Così CALÒ, E., «L'influenza del diritto comunitario sul diritto di famiglia», *Famiglia*, 2005, p. 509.

<sup>6</sup> BATTELLI, E., *Diritto privato delle persone minori di età. Diritti, tutele, nuove vulnerabilità*, Giappichelli, Torino, 2021, spec. pp. 19 ss. in cui l'Autore pone la minore età quale presupposto per una particolare protezione.

per il giudizio di divorzio, anche per i provvedimenti relativi alla prole e, in particolare, al contributo di mantenimento.

Tale orientamento comporta uno scollamento tra il luogo di statuizione del suddetto contributo – il Paese estero – e quello in cui esso viene percepito: l'Italia. La decisione del giudice straniero può facilmente risultare foriera di condizioni difficilmente conciliabili con lo stile di vita, ad esempio nel caso in cui il mantenimento sia calcolato alla stregua dei costi di vita locali ed essi siano sensibilmente più bassi rispetto a quelli italiani, ergo insufficienti a svolgere la funzione dell'assegno di mantenimento.

Di seguito alcuni cenni metodologici: posta una breve analisi casistica e ricostruita la natura del contributo di mantenimento in favore dei figli, si procederà a tracciare una panoramica dei criteri di individuazione della giurisdizione sui provvedimenti relativi alla prole e, infine, si immagineranno proposte risolutive della distorsione suesposta alla stregua del diritto internazionale privato e delle principali fonti normative comunitarie ed internazionali.

## 2. Breve analisi casistica

Ai fini di una maggiore chiarezza dell'oggetto dell'analisi, si riportano alcune pronunce di merito e di legittimità inerenti alla giurisdizione sui provvedimenti riguardanti i minori.

Per i minori residenti in Italia e con cittadinanza extraunitaria, difatti, si possono rinvenire decisioni contrastanti.

Il tribunale di Belluno<sup>7</sup>, affrontando la questione relativa all'affidamento dei figli proposta nelle more di un procedimento di separazione pendente tra cittadini extracomunitari marocchini, ha affermato la competenza del giudice italiano per via del criterio di residenza abituale del minore di cui al previgente Regolamento CE 2201/2003<sup>8</sup>.

Un altro filone giurisprudenziale, invece, ritiene che la regolamentazione dei rapporti economici e personali tra figlio e

---

<sup>7</sup> Trib. Belluno, sentenza 30 dicembre 2011 in Foro.it 2012, 3, I, 939.

<sup>8</sup> La statuizione trova fondamento nella decisione della Corte di Giustizia CE, sez. III, 29 novembre 2007, n. 68, nel procedimento C-68/07, Sundelind Lopez v. Lopez Lizano.

genitori extracomunitari (nel caso di specie di cittadinanza cinese<sup>9</sup>) segua la disciplina di cui all'art. 37 l. 31 maggio 1995, n. 218<sup>10</sup> e di cui all'art. 36-*bis* della medesima legge in materia di responsabilità genitoriale. Un orientamento, quest'ultimo, confermato anche dalla giurisprudenza di legittimità, il cui postulato è riassumibile nell'applicazione delle norme di diritto internazionale privato nel caso di controversie che coinvolgono la giurisdizione degli Stati non UE<sup>11</sup>.

Aderire a quest'ultima posizione comporta l'accettazione di una discrasia nella tutela dei minori, che risulta armonizzata limitatamente al caso di soggetti con cittadinanza comunitaria. Il quadro consegnatoci dalle Sezioni Unite, in estrema sintesi, è riassumibile con la seguente bipartizione di possibili situazioni: *i*) se il giudizio avente ad oggetto il rapporto personale e/o patrimoniale tra genitori e prole viene instaurato in Italia, non si pongono dubbi in merito alla possibilità per il giudice italiano di conoscere e statuire nel merito *ex art. 37 l. n. 218 del 1995*; *ii*) se tra i genitori, invece, pende un giudizio (ad esempio di separazione) previamente instaurato dinanzi ad un giudice straniero, il criterio di residenza abituale del minore rischia di essere eliso, venendo affermata la giurisdizione del giudice dinanzi al quale pende il giudizio tra i genitori anche relativamente ai provvedimenti riguardanti i figli in virtù della litispendenza internazionale extra-comunitaria, disciplinata dall'art. 7 della l. n. 218 del 1995<sup>12</sup>.

Sul punto, sono recentemente intervenute due pronunce di merito che rischiano di incrinare il sistema di protezione del minore.

Ci si riferisce al caso di una madre albanese, la quale ricorreva *ex art. 700 c.p.c.* al fine di vedere regolamentato l'affidamento dei tre figli – residenti in Italia, ove frequentavano la scuola – e riconosciuto un assegno mensile di mantenimento. Il padre si opponeva alla giurisdizione italiana e chiedeva la sospensione del procedimento in attesa della pronuncia del giudice albanese, dinanzi al quale pendeva

---

<sup>9</sup> Trib. Mantova, 24 febbraio 2016 in *dejure.it*.

<sup>10</sup> L'art. 37 sopra citato recita: "In materia di filiazione e di rapporti personali fra genitori e figli la giurisdizione italiana sussiste, oltre che nei casi previsti rispettivamente dagli articoli 3 e 9, anche quando uno dei genitori o il figlio è cittadino italiano o risiede in Italia".

<sup>11</sup> Cfr. Cass. SS. UU. 18 marzo 2016, n. 5420 in *dejure.it*

<sup>12</sup> Sull'applicazione dell'art. 7 della succitata legge in luogo della normativa comunitaria si veda Cass., 4 febbraio 2021, n. 2654 in *Giust. Civ. Mass. 2021 e*, per esteso, in *dejure.it*.

giudizio di separazione. Nonostante il ricorrente avesse evidenziato l'impossibilità per il giudice di albanese di operare una valutazione del *quantum* dell'assegno di mantenimento adeguata ai costi della vita in Italia, il Tribunale accoglieva le richieste del padre con ordinanza<sup>13</sup> – poi confermata in sede di impugnazione<sup>14</sup> – rilevando la sussistenza della giurisdizione del giudice albanese, i cui provvedimenti in merito ai figli avrebbero dispiegato effetto anche nell'ordinamento italiano *ex artt. 64 ss. l. n. 218 del 1995*.

L'incoerenza sistematica che si rinviene è rappresentata dalla rottura dell'uniformità di protezione dei minori, ancor più grave poiché basata su norme la cui *ratio* è, al contrario, la salvaguardia di questi soggetti deboli.

I casi qui riportati saranno utili ai fini della comprensione delle problematiche che si possono riscontrare soprattutto nel caso di litispendenza internazionale o conflitto di giurisdizione internazionale in riferimento alla decisione avente ad oggetto le modalità con le quali il genitore non collocatario debba provvedere al mantenimento della prole. Per tale ragione, nel paragrafo successivo si esaminerà il dovere di mantenimento e la natura del relativo assegno.

### **3. La natura del contributo di mantenimento in favore dei figli tra funzione sociale, perequativa e diritto delle obbligazioni**

Il capo II del titolo IX del libro I del Codice Civile è dedicato agli effetti della crisi genitoriale rispetto ai figli. Nel predisporre le misure necessarie affinché il minore non risenta della decisione dei coniugi di porre fine alla loro unione, il legislatore ha disciplinato anche gli aspetti patrimoniali della vicenda, che si concretizzano nel dovere, da parte di entrambi i genitori, di contribuire al mantenimento della prole in misura proporzionale al reddito e sulla base dei parametri di cui all'art. 337-ter, comma 4 c.c.<sup>15</sup>. Nelle intenzioni del legislatore ciascuno

<sup>13</sup> Trib. Teramo, ordinanza 29 aprile 2022.

<sup>14</sup> Corte di Appello di L'Aquila, pronuncia 19 luglio 2022.

<sup>15</sup> Si considerano: "1) le attuali esigenze del figlio; 2) il tenore di vita goduto dal figlio

dei due dovrebbe farsi carico del mantenimento per il tempo in cui il figlio vive con lui e dovrebbero essere ripartite le spese generali; tuttavia, essendo impossibile attuare una suddivisione del contributo rispettosa della cura prestata da entrambi, il giudice è spesso chiamato a stabilire un contributo in denaro che un genitore debba versare all'altro (c.d. mantenimento indiretto)<sup>16</sup>.

La funzione dell'assegno di mantenimento deve essere studiata attraverso un duplice angolo visuale; esso, difatti, ha una funzione sociale riferibile al figlio ed una funzione perequativa ascrivibile alla condivisione della responsabilità genitoriale e dei doveri da essa discendenti.

Procedendo con ordine, l'obbligo di mantenimento rappresenta un dovere che, nei confronti del figlio, assume rilevanza quale estrinsecazione del diritto alla bigenitorialità, inteso come diritto di ricevere da entrambi i genitori cura, istruzione, educazione ed assistenza morale<sup>17</sup>. Parte della dottrina ha sottolineato come l'assolvimento della funzione genitoriale del mantenimento assicuri la continuità ed effettività del rapporto con il genitore non collocatario<sup>18</sup>; a tal proposito, giova specificare che le modalità attraverso le quali si concretizza il mantenimento possono essere due: diretta ed indiretta.

La prima, diretta, prevede che il genitore soddisfi parte dei bisogni del figlio in prima persona mediante l'individuazione di specifici capitoli di spesa (es: spese scolastiche, abbigliamento, cure mediche ecc.). La modalità indiretta, al contrario, si estrinseca nella corresponsione da parte di un genitore all'altro di un assegno periodico, del quale il ricevente acquisisce pertanto la titolarità. Dunque, la figura dell'"assegno di mantenimento" si presenta in questa circostanza.

---

in costanza di convivenza con entrambi i genitori; 3) i tempi di permanenza presso ciascun genitore; 4) le risorse economiche di entrambi i genitori; 5) la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore".

<sup>16</sup> Cfr. SESTA, M., *op. cit.*, p. 322; BONILINI, G., *Manuale di diritto di famiglia*, Utet, Torino, 2022, p. 247; AULETTA, T., *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 268.

<sup>17</sup> Cfr. ARCERI, A., «Aspetti patrimoniali dell'affidamento», in SESTA, M., ARCERI, A., *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 2016, p. 287.

<sup>18</sup> BUZZELLI, D., «Sulle modalità del mantenimento dei figli nella crisi della coppia genitoriale», *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, p. 500.

Nonostante la dottrina maggioritaria caldeggi la prioritaria scelta del mantenimento diretto<sup>19</sup>, la Cassazione<sup>20</sup> ha ribadito la propria posizione non adesiva a tale ipotesi, favorendo le modalità indirette per una maggiore praticità. La scelta tra le due possibilità assume rilevanza in considerazione del fatto che la prima, imponendo una diretta sopportazione degli oneri economici ed una partecipazione attiva ai bisogni ed alle esigenze della prole, risulta favorire il benessere di quest'ultima coinvolgendo entrambi i genitori nella quotidianità del figlio<sup>21</sup>.

Invero, lo stesso art. 337-ter c.c., nel prescrivere che «ciascuno dei genitori provvede al mantenimento dei figli» evoca la regola del mantenimento diretto<sup>22</sup>, ma, come detto, l'orientamento giurisprudenziale dominante vede nel mantenimento indiretto, e dunque nella corresponsione di un assegno al genitore collocatario, la via primaria di assolvimento dei doveri del genitore ad esso obbligato.

Le considerazioni sulla funzione dell'assegno di mantenimento in riferimento al figlio si limitano alla definizione dello stesso quale modalità di adempimento della funzione genitoriale. Solo un *revirement* giurisprudenziale farebbe assumere allo stesso una connotazione eventuale (poiché disposto solo se impossibile la modalità diretta) e residuale-integrativa, natura che la dottrina auspica gli sia attribuita il prima possibile<sup>23</sup>.

Volgendo lo sguardo alla natura ed alla funzione che l'assegno di mantenimento assolve in riferimento al rapporto tra gli ex coniugi, il discorso si amplia ed abbraccia il diritto delle obbligazioni.

L'assegno di mantenimento svolge una funzione perequativa, poiché l'importo dello stesso è stabilito dal giudice al fine di ristabilire la proporzione tra le posizioni contributive delle parti<sup>24</sup>. Tale proporzionalità, giova ripeterlo, non si estrinseca nella paritaria suddivisione del totale fabbisogno, bensì dipende dalle posizioni reddituali/patrimoniali.

---

<sup>19</sup> *Ex multis* BIANCA, C. M., «La nuova disciplina in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso», *Dir. fam. e pers.*, 2006, p. 679.

<sup>20</sup> Cass., 16 giugno 2021, n. 17222 in *Quotidiano giuridico*, 2021.

<sup>21</sup> DE FILIPPIS, F., *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Cedam, Padova, 2006, p. 106.

<sup>22</sup> Interpreta in tal senso BUZZELLI, D., *op. cit.*, p. 500.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> PAVONE, M., «Il principio di proporzionalità nella quantificazione dell'assegno di mantenimento in favore dei figli», *Il familiarista.it*, 2020, *passim*.

I rapporti tra genitori in riferimento al mantenimento del figlio sono palesati dalla disciplina delle azioni di stato. In particolare, si ritiene che la sentenza che dichiara la filiazione<sup>25</sup> (ad esempio, in tema di dichiarazione giudiziale di paternità) implichi per il genitore anche il dovere di mantenimento che decorre dalla nascita del figlio, con conseguente diritto di regresso in favore dell'altro genitore, che nel frattempo abbia assunto l'onere del mantenimento anche per la porzione di pertinenza del genitore dichiarato giudizialmente<sup>26</sup>; tale diritto di regresso è riconosciuto sulla scorta delle regole dettate dall'art. 1299 c.c. nei rapporti fra condebitori solidali<sup>27</sup>.

Alla stregua di quanto appena affermato e ricostruendo il rapporto tra genitori e figli in termini di credito-debito, si può giungere alla conclusione per la quale il figlio vanti un credito "di mantenimento" nei confronti dei genitori, credito facilmente traducibile in termini pecuniari. La posizione passiva solidale implica che, nelle more della crisi di coppia, la prestazione possa essere adempiuta interamente dal genitore collocatario, salvo il diritto di regresso.

Lo schema così costruito fa emergere una diversa natura dell'assegno di mantenimento, quale corresponsione della quota di rispettiva spettanza di un'obbligazione solidale da parte del condebitore che non abbia direttamente adempiuto. Il *quantum* della prestazione non è preventivamente fissato, ma dipende dalle esigenze del creditore (*rectius*: il figlio), ergo il giudice che lo stabilisce deve avere contezza di quali esse siano e tale contezza dipende dalla consapevolezza circa i costi della vita.

Per quanto l'analisi sull'assegno di mantenimento in favore del figlio non possa essere ridotta alla sola componente "venale", una prospettiva patrimonialistica aiuta a comprendere l'esigenza che il giudice che si pronuncia su tale aspetto sia il più prossimo possibile al minore, non solo poiché egli è persona vulnerabile, ma anche per la sua qualifica di soggetto attivo di un rapporto obbligatorio dalla prestazione eterodeterminata la cui eventuale erronea quantificazione lederebbe i suoi diritti personali (la bigenitorialità) e patrimoniali (il mantenimento)<sup>28</sup>, strettamente interconnessi.

---

<sup>25</sup> Sentenza che, *ex art.* 277 c.c., "produce gli effetti del riconoscimento".

<sup>26</sup> Si veda Cass., 28 marzo 2017, n. 7960 in *dejure*.

<sup>27</sup> Cass., 17 febbraio 2021, n. 4223.

<sup>28</sup> Cfr. SCOTTI A., *Obbligo e obbligazione nel diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2010, spec. p. 39 il quale sottolinea che il diritto al mantenimento configura un diritto di natura patrimoniale all'assistenza materiale che si concretizza nel ricevere quanto

#### 4. Le norme riguardanti la giurisdizione sui provvedimenti relativi alla prole: il principio di prossimità

Quanto sin qui esposto dimostra come la tutela dei diritti personali e patrimoniali del minore dipenda in misura non marginale dal soggetto deputato a garantirla; per tale ragione assumono importanza precipua le norme di individuazione del giudice competente.

Le fonti che vengono in aiuto sono essenzialmente tre: la già menzionata l. n. 218 del 1995; il reg. UE n. 2019/1111 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale, in materia di responsabilità genitoriale e alla sottrazione internazionale dei minori (c.d. Bruxelles II *ter*, o Bruxelles II *bis* – rifusione); la Convenzione Aja del 19 ottobre 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori.

L'art. 37 l. n. 218 del 1995 postula la sussistenza della giurisdizione italiana in materia di rapporti personali tra genitori e figli nel caso in cui uno dei genitori o il figlio è cittadino italiano o risiede in Italia. Il generico riferimento alla residenza è stato circostanziato dalla giurisprudenza, la quale – a piú riprese<sup>29</sup> – ha fornito un'interpretazione del concetto particolarmente elastica: con esso non si individua il luogo risultante da un calcolo aritmetico del vissuto, bensí quello di concreto e continuativo svolgimento della vita personale: la nozione assume, perciò, una valenza fattuale, dovendo intendersi per “residenza abituale” quella in cui si sia verificata una stabile e durevole permanenza dalla quale sia discesa la centralità del luogo nella vita relazione del soggetto<sup>30</sup>.

---

occorre per le esigenze di vita quotidiana (con obbligazione in solido in capo ad entrambi i genitori che nel rapporto di filiazione si prescrivono in 5 anni. Si veda, inoltre, COSTANZA, M., «Filiazione, III) Filiazione naturale», in *Enc. giur., Agg.*; Roma, 2005, p. 8 in cui si sottolinea la natura prettamente non patrimoniale dei diritti all'educazione ed all'istruzione, insuscettibili di valutazione economica.

<sup>29</sup> Si veda Cass., Sez. Un., 18 marzo 2016, n. 5418 e Cass., Sez. Un., 19 aprile 2021, n. 10243 in dejure.

<sup>30</sup> Si veda SALZANO, A., «Considerazioni sulla competenza giurisdizionale a disporre l'affidamento della prole e ad adottare misure provvisorie e urgenti di protezione di minorenni asseritamente sottratti nella applicazione del Regolamento (CE) n. 2201/2003, e sulla individuazione della residenza abituale di neonati nella



Conformemente a quanto sopra, l'art. 7 del reg. UE n. 2019/1111 e l'art. 5 della Convenzione Aja pongono come criterio la residenza abituale.

Al fine di valutare quale sia il luogo in cui effettivamente il minore abbia sviluppato la sua personalità – accertamento riservato al giudice di merito – sono rilevanti elementi quali la frequenza scolastica, la sussistenza di documenti dai quali risulti la presenza del minore nel territorio, l'effettivo inserimento nel contesto sociale<sup>31</sup>.

L'uniformità di posizioni assunte dai legislatori nelle varie fonti brevemente ripercorse si fonda non soltanto sulla volontà di evitare conflitti tra le diverse autorità, ma anche nella salvaguardia del rapporto di prossimità del minore al giudice chiamato a decidere sulle sue modalità di vita<sup>32</sup>. Il criterio di prossimità<sup>33</sup>, perciò, prende le mosse dalla considerazione per cui il giudice che meglio possa valutare il superiore interesse del minore sia quello del territorio in cui il minore stesso vive abitualmente<sup>34</sup>.

Alle conclusioni appena stilate si è giunti attraverso riflessioni improntate su aspetti sociologici di tutela. Anche spostando l'attenzione sulle prospettive patrimoniali e sull'assegno di mantenimento i risultati sono corroborati dall'esame di ulteriori aspetti.

---

applicazione della Convenzione de L'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori», *Dir. fam. pers.*, 2011, pp. 225 ss. il quale sottolinea che nella giurisprudenza nazionale e straniera prevale l'orientamento secondo cui, nell'individuare il luogo di abituale residenza, il dato fattuale deve prevalere su quello meramente anagrafico e, sostanzialmente, si deve far riferimento al centro di vita del minore, ai suoi effettivi legami sociali e familiari, non solo parentali, ed all'elemento temporale, la cui rilevanza è pacifica, stanti gli effetti del trascorrere del tempo sul consolidamento delle consuetudini di vita e sul radicamento ambientale, a séguito di una stabile e continua permanenza in un determinato luogo.

<sup>31</sup> Cfr. CORTESI, F., "Su alcune questioni in merito alla competenza giurisdizionale relativa ai diversi profili del giudizio di separazione", in *Giur. merito*, 2013, pp. 1344 ss.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> Cfr. considerando n. 20 Reg. UE 2019/1111: "Al fine di salvaguardare l'interesse superiore del minore, la competenza dovrebbe essere determinata in primo luogo in base al criterio di prossimità. Di conseguenza, la competenza giurisdizionale dovrebbe appartenere allo Stato membro in cui il minore risiede abitualmente, salvo in determinate situazioni di cui al presente regolamento, ad esempio ove si verifichi un cambiamento della residenza del minore o in caso di accordo fra i titolari della responsabilità genitoriale".

<sup>34</sup> Così RUO, M. G., «"The long, long way" del processo minorile verso il giusto processo», *Dir. fam. pers.*, 2010, p. 139.

Il criterio di vicinanza geografica individua non solo il giudice maggiormente idoneo a valorizzare il *best interest of the child*, ma anche il piú in grado di calcolare e tradurre in termini pecuniari l'ammontare dovuto dal genitore non collocatario a titolo di assegno di mantenimento.

Volendo esemplificare il tutto riferendosi al caso della madre albanese cui si è accennato in precedenza<sup>35</sup>, considerando che l'Italia era pacificamente riconosciuta quale residenza abituale del minore (presente e futura), non si accoglie di buon grado la decisione del tribunale, il quale, seppur senza sospendere il processo in attesa delle determinazioni del giudice albanese come previsto dall'art. 7 l. n. 218 del 1995, ha assunto solo provvedimento provvisori ritenendo competente per il resto il tribunale albanese. A causa di una pronuncia di tal genere sussiste il forte rischio che quest'ultimo calcoli il *quantum* dell'assegno di mantenimento alla stregua del costo della vita in Albania, chiaramente inferiore a quello italiano, cosí ledendo il diritto di credito del figlio e il diritto di regresso della madre, esercitabile in misura non soddisfattoria.

Le fondamenta di tale stortura devono essere rinvenute in un'erronea considerazione di prevalenza dell'art. 7 l. n. 218 del 1995 sull'art. 37, della quale si dirà di séguito.

## **5. Il problema derivante dall'art. 7 l. n. 218 del 1995 e le possibili soluzioni: la prevalenza del principio di prossimità e l'impossibilità del provvedimento del giudice straniero di dispiegare i propri effetti alla luce dell'ordine pubblico e delle norme di applicazione necessaria**

Come anticipato, l'art. 7 della l. n. 218 del 1995 impone al giudice di sospendere il processo quando nel corso del giudizio instaurato in Italia venga eccepita la previa pendenza tra le stesse parti di una domanda avente il medesimo oggetto ed il medesimo titolo dinanzi ad

---

<sup>35</sup> Si veda *supra*, paragrafo 2.

un giudice straniero, a condizione che il provvedimento straniero possa produrre effetti nell'ordinamento italiano<sup>36</sup>.

Risulta chiaro il conflitto esistente tra le norme disciplinanti la giurisdizione sui provvedimenti relativi alla prole e l'art. 7, poiché è possibile che – anche con finalità elusive della giurisdizione italiana – si instauri un procedimento di separazione o divorzio all'estero impedendo che la tutela dei minori extra-unitari residenti in Italia sia affidata alla nostra giurisdizione<sup>37</sup>.

In relazione ad una tale nefasta evenienza si possono immaginare soluzioni *ex ante* ed *ex post* che in via preventiva valorizzino il principio di prossimità e determinino un giudizio di prevalenza del disposto di cui all'art. 37 sull'art. 7 l. n. 218 citata<sup>38</sup> oppure, in via successiva e residuale, l'impossibilità di dispiegamento degli effetti può esser fatta discendere da una valutazione di contrarietà all'ordine pubblico della statuizione sul mantenimento.

Procedendo in ordine "cronologico", si vuole evidenziare come la stessa Corte di Cassazione, nella sua veste più autorevole, abbia postulato l'autonomia della domanda il cui *petitum* sia l'assegno di mantenimento rispetto al giudizio di separazione e divorzio, ammettendo che la giurisdizione cui è affidata prescinda dalle vicende processuali della seconda<sup>39</sup>. Di conseguenza, ben può ipotizzarsi che,

---

<sup>36</sup> L'art. 7 recita: "1. Quando, nel corso del giudizio, sia eccepita la previa pendenza tra le stesse parti di domanda avente il medesimo oggetto e il medesimo titolo dinanzi a un giudice straniero, il giudice italiano, se ritiene che il provvedimento straniero possa produrre effetto per l'ordinamento italiano, sospende il giudizio. Se il giudice straniero declina la propria giurisdizione o se il provvedimento straniero non è riconosciuto nell'ordinamento italiano, il giudizio in Italia prosegue, previa riassunzione ad istanza della parte interessata. 2. La pendenza della causa innanzi al giudice straniero si determina secondo la legge dello Stato in cui il processo si svolge. 3. Nel caso di pregiudizialità di una causa straniera, il giudice italiano può sospendere il processo se ritiene che il provvedimento straniero possa produrre effetti per l'ordinamento italiano."

<sup>37</sup> Esattamente quanto accaduto nel caso della madre albanese, per cui si richiamano nuovamente Trib. Teramo, ordinanza 29 aprile 2022 e App. L'Aquila, pronuncia 19 luglio 2022.

<sup>38</sup> Proceduralmente, tale prevalenza può essere fatta valere anche in sede di impugnazione dell'ordinanza di sospensione. Al riguardo si rimanda a RAITI, G., «Ancora un revirement delle sezioni unite civili sul dilemma dell'impugnabilità dell'ordinanza sospensiva per litispendenza internazionale», *Riv. trim.*, 2019, pp. 361 ss.

<sup>39</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 21 dicembre 2020, n. 29171: "Le domande relative alla responsabilità genitoriale ed al mantenimento di figli minori appartengono alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria dello stato di residenza abituale dei minori al

nonostante la pendenza di giudizio di separazione e/o divorzio all'estero, si possa procedere in Italia – quale luogo di residenza del minore – per i provvedimenti che lo interessano.

L'identica soluzione si prospetta piú complicata nel caso in cui ci fosse identico giudizio già pendente all'estero in merito all'affidamento e/o mantenimento del minore; tuttavia, valorizzando la portata dell'art. 37 e il criterio di prossimità in esso contenuto, se ne può affermare in ogni caso la prevalenza rispetto all'art. 7 ed alla sospensione del giudizio in Italia.

La proposta che vede l'art. 37 in posizione di "supremazia" rispetto all'art. 7-può trovare supporto nel disposto di cui all'art. 36-*bis* l. n. 218 del 1995<sup>40</sup> che categorizza quali norme di applicazione necessaria<sup>41</sup> quelle che stabiliscono il dovere di entrambi i genitori di mantenere il figlio.

Pur nella consapevolezza che le norme di applicazione necessaria hanno valenza e incidenza diverse rispetto alle disposizioni che servono ad individuare la giurisdizione, si ritiene che esse siano comunque rilevanti ai fini che qui interessano.

Con una norma di applicazione necessaria, infatti, si esclude il funzionamento del diritto internazionale privato, riservando alle disposizioni nazionali una diretta funzione regolatrice; nei settori da esse "colpiti" viene impedito l'ingresso del diritto straniero nel nostro ordinamento. Impedimento, questo, che opera a prescindere da un esame di conformità del diritto straniero ai principi interni<sup>42</sup>.

Ora, categorizzata una disposizione quale norma di applicazione necessaria, si deve comprendere quale sia la sua estensione, la reale portata limitativa da essa discendente. In particolare, la lettera *b*) dell'art. 36-*bis* certamente impedisce che il mantenimento dei figli

---

momento della loro proposizione, anche se alle stesse vi è affiancata la domanda di separazione personale dei coniugi".

<sup>40</sup> "1. Nonostante il richiamo ad altra legge, si applicano in ogni caso le norme del diritto italiano che: a) attribuiscono ad entrambi i genitori la responsabilità genitoriale; b) stabiliscono il dovere di entrambi i genitori di provvedere al mantenimento del figlio; c) attribuiscono al giudice il potere di adottare provvedimenti limitativi o ablativi della responsabilità genitoriale in presenza di condotte pregiudizievoli per il figlio."

<sup>41</sup> Sulle quali si veda QUADRI, R., *Lezioni di diritto internazionale privato*, Liguori, Napoli, 1969, pp. 353 ss.

<sup>42</sup> EMANUELE, C. F., «Prime riflessioni sul concetto di ordine pubblico nella legge di riforma del diritto internazionale privato», *Dir. fam. pers.*, 1996, pp. 326 ss.

possa essere governato da norme straniere in cui non sia previsto il mantenimento “duale”, ma non si ferma a ciò.

Invero, significherebbe esautorare la norma del proprio ruolo non interpretarla nel senso che sia di applicazione necessaria non solo il principio della condivisione dell’obbligo di mantenimento, ma anche le regole sulla ripartizione degli oneri gravanti sui genitori.

In altre parole, certamente l’art. 36-*bis* previene la possibilità che una norma che assegni l’onere di mantenimento al solo padre o alla sola madre abbia ingresso nel nostro ordinamento. In questa sede, però, si vuole proporre un’interpretazione estensiva della norma, sulla base della quale l’art. 36-*bis* impedisca l’ingresso anche di provvedimenti che operino un riparto ingiusto.

D’altra parte, se non si vuole riconoscere la bontà di una tale interpretazione al fine di non ledere il diritto di credito del figlio o di regresso del genitore collocatario, lo si deve fare alla luce della funzione sociale dell’obbligo di mantenimento.

Il mantenimento di cui al succitato articolo non impone soltanto che il provvedimento del giudice attribuisca al genitore non collocatario l’obbligo di corresponsione di un assegno, ma anche che l’entità di tale assegno sia calcolata alla stregua del principio di proporzionalità (ergo sulla base dei redditi degli ex coniugi) e – soprattutto – delle esigenze del figlio, da quantificare a seconda del Paese in cui affronta i costi della vita. Ecco, allora, che si comprende il motivo per cui l’art. 36-*bis* deve essere interpretato alla luce del principio di prossimità e viceversa.

Così procedendo, il giudice che si trovi dinanzi ad una richiesta di sospensione di cui all’art. 7 potrà emettere un provvedimento di rigetto di tale istanza, motivando lo stesso sulla base dell’impossibilità del giudice straniero di stimare in termini monetari le esigenze del figlio e della prevalenza dell’art. 37, il cui principio di prossimità risulta rinforzato dall’art. 36-*bis*.

Riportando quanto detto nell’alveo della concretezza, si pensi ancora al caso della madre albanese: un giudice albanese che si pronunci sul mantenimento della prole abitualmente residente in Italia non potrà che stabilire un assegno mutuato sul costo della vita albanese, ergo non adeguato. Una tal pronuncia, incompatibile con le varie funzioni che questo contributo assume, sarebbe necessariamente oggetto di modifica successiva.

Quanto detto è dimostrativo della non applicabilità della sospensione di cui all'art. 7 (stante anche la probabilità che il provvedimento emesso dal giudice straniero non possa produrre effetti all'interno del nostro ordinamento) e, perciò, della necessaria affermazione della giurisdizione italiana ex art. 37.

A margine di queste considerazioni, si vuole sommessamente ipotizzare un'ulteriore possibilità di risoluzione *ex ante* del problema, la quale, lo si premette, potrebbe suscitare perplessità per via delle ricadute sistematiche che essa comporta.

L'art. 7 prescrive che "quando, nel corso del giudizio, sia eccepita la previa pendenza tra le stesse parti di domanda avente il medesimo oggetto e il medesimo titolo dinanzi a un giudice straniero, il giudice italiano, se ritiene che il provvedimento straniero possa produrre effetto per l'ordinamento italiano, sospende il giudizio".

Da una lettura attenta della disposizione, sembra evidenziarsi che la sospensione del giudizio sia subordinata ad una condizione: che il giudice, sulla base di un giudizio prognostico, consideri verosimile che il provvedimento del giudice straniero possa dispiegare i propri effetti all'interno dell'ordinamento italiano<sup>43</sup>.

Un tale giudizio prognostico, alla luce del medesimo art. 36-*bis*, non potrebbe che concludersi con una valutazione di impossibilità di entrata nell'ordinamento italiano, considerata l'inadeguatezza del

---

<sup>43</sup> Si veda, al riguardo, LUPOLI, M. A., «La nuova disciplina della litispendenza e della connessione tra cause nel regolamento UE n. 1215 del 2012», *Riv. trim.*, 2013, p. 1425 il quale descrive le valutazioni che il giudice deve operare nel seguente modo: "Il giudice dello Stato membro deve, in primo luogo, verificare la prevenzione temporale a favore della corte straniera. Successivamente, è chiamato a una valutazione che si sviluppa sotto tre profili coordinati e complementari. Innanzi tutto, deve ritenere che il giudice dello Stato terzo, previamente adito, pronunci una decisione che sarà riconosciuta e, se del caso, eseguita nello Stato membro. Si tratta di una variante del tradizionale «pronostico di riconoscibilità» previsto, ad esempio, dal nostro art. 71. n. 218 del 1995. Tale pronostico dovrà avvenire in base alle norme della *lex fori*, dal momento che il sistema europeo di circolazione delle decisioni riguarda solo i provvedimenti provenienti dagli Stati membri. È dunque facile preconizzare difformità applicative da uno Stato membro all'altro. Infine, il giudice dello Stato membro deve ritenere che la sospensione del procedimento sia necessaria per la corretta amministrazione della giustizia [...] In quest'ottica, la pendenza della stessa causa all'estero costituisce un mero elemento di partenza, per una disamina che non si limita al rischio del conflitto di decisioni, ma può spingersi sino a considerare l'appropriatezza della giurisdizione esercitata dal giudice straniero, rispetto alle esigenze di giustizia del caso concreto. In tale analisi, dunque, possono essere apprezzati fattori della più disparata natura relativi agli aspetti sostanziali, processuali ed ordinamentali del giudizio pendente nello Stato terzo."

giudice straniero (nell'esempio albanese) a calcolare l'importo del contributo di mantenimento che possa soddisfare le esigenze del figlio residente in Italia. L'inidoneità, invero, discende dal fatto che il giudice calcolerebbe l'ammontare adottando il parametro del costo della vita in Albania, ovviamente inferiore rispetto a quello italiano, rendendo la propria pronuncia insuscettibile di applicazione poiché non soddisfacente dell'obbligo di mantenimento per come sopra ricostruito (proporzionale e rispondente alle esigenze della prole).

Dunque, considerata la necessità dell'applicazione dell'art. 36-*bis*, il cui disposto non sarebbe concretizzato da una decisione foriera di un contributo di mantenimento insufficiente, viene a mancare la condizione di cui all'art. 7, inibendo la sospensione e comportando la necessità di una pronuncia del giudice italiano.

Immaginata un'ipotesi di soluzione *ex ante* del problema oggetto di analisi, per completezza si devono sondare anche le vie di tutela offerte dall'ordinamento nel caso in cui, invece, sia richiesto l'ingresso nell'ordinamento ad un provvedimento straniero che stabilisca un assegno di mantenimento non congruo.

L'art. 67 l. n. 218 del 1995<sup>44</sup> permette di richiedere l'accertamento dei requisiti del riconoscimento della sentenza straniera, tra i quali l'art. 64 enumera anche la conformità delle disposizioni all'ordine pubblico.

Senza dilungarsi eccessivamente sulla nozione di ordine pubblico per ragioni di opportunità, basti in questa sede ricordare che esso si presenta come dispositivo di rilancio delle virtualità inibitorie che l'ordinamento appresta a difesa delle sue determinazioni<sup>45</sup>, indi per cui è, metaforicamente, uno scudo difensivo. L'ordine pubblico di cui all'art. 64 l. n. 218 del 1995 è una sottocategoria, comunemente indicata

---

<sup>44</sup> L'art. 67, rubricato "Attuazione di sentenze e provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria e contestazione del riconoscimento", recita: "1. In caso di mancata ottemperanza o di contestazione del riconoscimento della sentenza straniera o del provvedimento straniero di volontaria giurisdizione, ovvero quando sia necessario procedere ad esecuzione forzata, chiunque vi abbia interesse può chiedere (all'autorità giudiziaria ordinaria) l'accertamento dei requisiti del riconoscimento. 2. La sentenza straniera o il provvedimento straniero di volontaria giurisdizione, unitamente al provvedimento che accoglie la domanda di cui al comma 1, costituiscono titolo per l'attuazione e per l'esecuzione forzata. 3. Se la contestazione ha luogo nel corso di un processo, il giudice adito a pronuncia con efficacia limitata al giudizio."

<sup>45</sup> Così BARCELLONA, M., «Ordine pubblico e diritto privato», *Eur. dir. priv.*, 2020, spec. p. 952.

come ordine pubblico internazionale, che delinea a posteriori il grado di apertura o di chiusura dell'ordinamento verso valori giuridici estranei<sup>46</sup>.

Per quanto qui di interesse, ci si deve chiedere se e in che misura un provvedimento di un giudice straniero che stabilisca un assegno di mantenimento insufficiente a soddisfare le esigenze della prole possa essere considerato contrario all'ordine pubblico internazionale.

A tal proposito, la Cassazione ha affrontato il problema inerente alla definizione della violazione dell'ordine pubblico, affermando che un contrasto con esso sia ravvisabile ogni qualvolta si violino i principi fondamentali<sup>47</sup>. Non vi sono dubbi circa l'appartenenza dell'obbligo di mantenimento alla categoria dei principi fondamentali, considerando la matrice costituzionale di tale dovere, affermato in prima battuta dall'art. 30 Cost. Tuttavia, si ripropone la medesima questione affrontata in riferimento alla norma di applicazione necessaria: non si sta parlando di un diniego del dovere di mantenimento (rispetto al quale non vi è dubbio circa la contrarietà all'ordine pubblico), bensì di un'erronea estrinsecazione dello stesso.

Se in precedenza l'interpretazione dell'art. 36-bis è stata condotta avendo come stella polare il principio di prossimità, in riferimento alla nozione di ordine pubblico si vuole introdurre un diverso principio che ne guidi la definizione: il *best interest of the child*<sup>48</sup>. Tale assioma, come è noto, ha assunto una posizione precipua nel diritto di famiglia: è considerato gerarchicamente superiore alla stessa realtà fattuale nelle

---

<sup>46</sup> MONTANARI, A., «Ordine pubblico, diritto privato e vocazione internazionale», *Eur. dir. priv.*, 2022, spec. p. 140.

<sup>47</sup> Cfr. Cass, 21 giugno 2016, n. 19599 secondo la quale “un contrasto con l'ordine pubblico non è ravvisabile per il solo fatto che la norma straniera sia difforme contenutisticamente da una o più disposizioni del diritto nazionale, perché il parametro di riferimento non è costituito (o non è costituito più) dalle norme con le quali il legislatore ordinario eserciti (o abbia esercitato) la propria discrezionalità in una determinata materia, ma esclusivamente dai principi fondamentali vincolanti per lo stesso legislatore ordinario”.

<sup>48</sup> Sul tema la letteratura è sconfinata. *Ex multis*, da ultimo, si richiama AA.VV.: *The best interest of the child* (a cura di BIANCA, M.), Editrice Sapienza, Roma, 2021.



azioni di stato<sup>49</sup> ed anche valore sulla base del quale modulare l'onere probatorio nei giudizi che coinvolgono il minore<sup>50</sup>.

Il rapporto tra ordine pubblico e *best interest of the child* è stato spesso studiato in termini di contrapposizione al fine di permettere l'entrata all'interno dell'ordinamento di provvedimenti contrari all'ordine pubblico ma conformi al *best interest*<sup>51</sup>. Ebbene, se al superiore interesse del minore è riconosciuta una forza limitativa dell'operatività dell'ordine pubblico internazionale<sup>52</sup>, coerentemente gli si deve riconoscere un'incidenza "positiva".

In altri termini, il *best interest* rappresenta un valore che può escludere che il limite dell'ordine pubblico internazionale si applichi, ergo condiziona il significato che l'"ordine pubblico" assume in relazione al caso concreto. Il superiore interesse del minore è parte dell'ordine pubblico internazionale, ed addirittura – nelle fattispecie che riguardano i minori – l'ordine pubblico internazionale coincide con il *best interest of the child*, appiattendosi su di esso a prescindere dal fatto che ciò comporti un allargamento o un restringimento delle sue maglie.

Dunque, per comprendere se un provvedimento inerente al minore sia conforme con l'ordine pubblico internazionale basterà chiedersi se esso sia conforme al suo interesse.

Un provvedimento che disponga un assegno di mantenimento non sufficiente nella liquidazione non è conforme all'interesse del minore; perciò, non è conforme all'ordine pubblico internazionale di cui all'art. 64; perciò, tale provvedimento dovrà essere impugnato ex art. 67 così da impedire che dispieghi i suoi effetti nell'ordinamento italiano<sup>53</sup>.

---

<sup>49</sup> PORCELLI, M., *Accertamento della filiazione ed interesse del minore*, Esi, Napoli, 2016; ID, «Il rapporto tra favor veritatis e favor affectionis nelle relazioni familiari», in DELL'ANNA MISURALE – VITERBO (a cura di), *Nuove sfide del diritto di famiglia. Il ruolo dell'interprete (Atti del Convegno 7-8 aprile 2017 – Corte di appello di Lecce)*, Napoli, 2018, pp. 139 ss.

<sup>50</sup> Sia consentito rimandare a IOANNONI FIORE, F., «Dichiarazione giudiziale di paternità e rifiuto di sottoporsi alla prova ematogenetica», *Giur. it.*, 2021, pp. 1098-1107.

<sup>51</sup> Ci si riferisce al discorso inerente alla genitorialità intenzionale e al riconoscimento dello *status filiationis* di minori nati tramite il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita vietate in Italia. Sul tema si è già richiamato VALENZA, C. A., *op. cit.*, *passim*.

<sup>52</sup> TONOLO, S., «L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore», *Riv. dir. int.*, 2017, pp. 1085 ss.

<sup>53</sup> In effetti, lo stesso Tribunale di Teramo nel caso della madre albanese aveva

## 6. Conclusioni

Sin quando la giurisprudenza continuerà a considerare preferibile la forma del mantenimento indiretto, si porranno questioni circa il metodo di quantificazione dell'assegno, la natura dello stesso ed il giudice competente a provvedere alla sua statuizione.

Su tale ultimo aspetto si è concentrato il presente contributo, volto a dimostrare come – nonostante gli interventi multilivello dei vari legislatori nazionali, comunitari ed internazionali – la tutela del minore facente parte di una famiglia internazionale dipenda spesso dall'*agere* del potere giurisdizionale.

Sebbene il diritto internazionale privato, il reg. UE n. 2019/1111 e la Convenzione Aja del 1996 si siano mossi sul solco uniforme del principio di prossimità, le fisiologiche incrinature del sistema si possono presentare sotto la forma di strumentali comportamenti dei privati volti a mutare la giurisdizione per interessi personalistici e non corrispondenti a quelli del minore o interpretazioni ottuse delle norme che guardano al solo dato letterale della disposizione senza considerare l'apposizione sistematica della stessa.

Il diritto di famiglia coinvolge aspetti che possono essere osservati da una prospettiva patrimoniale, ma tange sempre il lato intimo della persona, nella sua dimensione più privata e sensibile. Ciò impone di valorizzare il contesto e la *ratio* della norma, a maggior ragione quando questa è volta a governare il rapporto tra genitori e minori.

In relazione alla giurisdizione sui provvedimenti riguardanti la prole, il principio di prossimità si presenta quale corollario naturale del *best interest of the child*, il che rende necessaria una valutazione di prevalenza dello stesso su altri dettati normativi, quale l'art. 7 sulla litispendenza internazionale.

Le due soluzioni immaginate nel precedente paragrafo (impossibilità di dispiegamento degli effetti *ex art. 36-bis* e impugnazione per contrarietà all'ordine pubblico *ex art. 64 e 67*) devono essere considerate, appunto, espedienti nel caso in cui il

---

sottolineato che "il provvedimento del giudice albanese potrà dispiegare effetto nel nostro ordinamento *ex artt. 64 ss. l. 218/1995*". Il giudice, tuttavia, non affronta i problemi inerenti alla contrarietà all'ordine pubblico o alle norme di applicazione necessaria; in tal modo provocando quantomeno un allungamento dei tempi di tutela del diritto del figlio e della madre stessa, la quale dovrà procedere *ex art. 67 l. 218 cit.*

sistema mostri una sua incoerenza. Sono cure di un'eventuale patologia.

Ciò che preme sottolineare è che l'assetto ordinario non dovrebbe costringere il minore a rivolgersi a questi espedienti, poiché dovrebbe risultare bastevole il principio di prossimità.

Un principio che non rappresenta un mero criterio tecnico di risoluzione di un conflitto di giurisdizione, ma incarna la tutela di un soggetto che necessita protezione<sup>54</sup>.

## Bibliografia

- AULETTA, T., *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2018.
- BARCELONA, M., «Ordine pubblico e diritto privato», *Eur. dir. priv.*, 2020, pp. 952 ss.
- BATTELLI, E., *Diritto privato delle persone minori di età. Diritti, tutele, nuove vulnerabilità*, Giappichelli, Torino, 2021.
- BIANCA, C. M., «La nuova disciplina in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso», *Dir. fam. e pers.*, 2006, p. 679.
- BONILINI, G., *Manuale di diritto di famiglia*, Utet, Torino, 2022.
- CALÒ, E., «L'influenza del diritto comunitario sul diritto di famiglia», *Famiglia*, 2005, pp. 509 ss.;
- CORTESI, F., «Su alcune questioni in merito alla competenza giurisdizionale relativa ai diversi profili del giudizio di separazione», *Giur. merito*, 2013, pp. 1344 ss.
- COSTANZA, M., «Filiazione, III) Filiazione naturale», in *Enc. giur.*, Agg.; Roma, 2005.
- DE FILIPPIS, F., *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Cedam, Padova, 2006.

---

<sup>54</sup> Per tale ragione il principio di prossimità è richiamato anche dalla Convenzione Aja del 1996, richiamato dall'art. 42 della l. 218/1995 (che in realtà rinvia alla Convenzione del 1961, sostituita però dalla nuova versione del '96). La Convenzione non è stata oggetto di approfondimento nel contributo poiché in dottrina è controversa l'interpretazione della locuzione "protezione del minore", da alcuni Autori considerata troppo "forte" per comprendere anche questioni relative al mantenimento o alla responsabilità genitoriale. Potendo prescindere dallo strumento della Convenzione, si è preferito non conferirle una posizione di centralità per non inciampare in errori "ulteriori".

EMANUELE, C. F., «Prime riflessioni sul concetto di ordine pubblico nella legge di riforma del diritto internazionale privato», *Dir. fam. pers.*, 1996, pp. 326 ss.

IOANNONI FIORE, F., «Dichiarazione giudiziale di paternità e rifiuto di sottoporsi alla prova ematogenetica», *Giur. it.*, 2021, pp. 1098-1107.

LUPOI, M. A., «La nuova disciplina della litispendenza e della connessione tra cause nel regolamento UE n. 1215 del 2012», *Riv. trim.*, 2013, pp. 1425 ss.

MONTANARI, A., «Ordine pubblico, diritto privato e vocazione internazionale», *Eur. dir. priv.*, 2022, pp. 140 ss.

PORCELLI, M., *Accertamento della filiazione ed interesse del minore*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2016.

PORCELLI, M., «Il rapporto tra favor veritatis e favor affectionis nelle relazioni familiari», in DELL'ANNA MISURALE – VITERBO (a cura di), *Nuove sfide del diritto di famiglia. Il ruolo dell'interprete (Atti del Convegno 7-8 aprile 2017 – Corte di appello di Lecce)*, Napoli, 2018.

QUADRI, R., *Lezioni di diritto internazionale privato*, Liguori, Napoli, 1969.

RAITI, G., «Ancora un revirement delle sezioni unite civili sul dilemma dell'impugnabilità dell'ordinanza sospensiva per litispendenza internazionale», *Riv. trim.*, 2019, pp. 361 ss.

RUO, M. G., «“The long, long way” del processo minorile verso il giusto processo», *Dir. fam. pers.*, 2010, pp. 139 ss.

SALZANO, A., «Considerazioni sulla competenza giurisdizionale a disporre l'affidamento della prole e ad adottare misure provvisorie e urgenti di protezione di minorenni asseritamente sottratti nella applicazione del Regolamento (CE) n. 2201/2003, e sulla individuazione della residenza abituale di neonati nella applicazione della Convenzione de L'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori», *Dir. fam. pers.*, 2011, pp. 225 ss.

SCOTTI, A., *Obbligo e obbligazione nel diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2010.

SESTA, M., *Manuale di diritto di famiglia*, Cedam, Padova, 2021.

TONOLO, S., «L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore», *Riv. dir. int.*, 2017, pp. 1085 ss.

VALENZA, C. A., «L'itinerario italiano della maternità surrogata nel quadro di una giurisprudenza evolutiva: linee di una soluzione», *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2022, pp. 756-805.

# Esercizio della libertà di soggiornare e di circolare all'interno dell'UE e pluralità di modelli familiari

*Roberto Alessandro Garetto*

**ABSTRACT:** La pluralità tassonomica di modelli familiari può incidere sulla libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini UE. La questione, già affrontata dalla Corte di Giustizia nel caso *Coman*, si è ripresentata nel caso *V.M.A.*, nel quale è stabilito un riconoscimento «funzionale» della genitorialità tra persone dello stesso sesso al fine di garantire la libertà di circolazione e soggiorno. Tale orientamento giurisprudenziale trova ora conferma nella proposta di Regolamento della Commissione europea relativa al riconoscimento della filiazione tra Stati membri.

**RESUMEN:** La pluralidad taxonómica de los modelos familiares puede afectar a la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la UE. La cuestión, ya abordada por el Tribunal de Justicia en el caso *Coman*, volvió a plantearse en el caso *V.M.A.*, en el que se establece un reconocimiento «funcional» de la homoparentalidad para garantizar la libertad de circulación y residencia. Esta orientación jurisprudencial se confirma ahora en la propuesta de Reglamento de la Comisión Europea sobre el reconocimiento de la filiación entre Estados miembros.

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. - 2. Varietà tassonomica delle unioni riconosciute in ambito europeo e correlate discrasie. - 3. La pronuncia della Corte di Giustizia sulla nozione di «coniuge» rispetto alla libertà di soggiorno dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari - 4. Riconoscimento «funzionale» della genitorialità tra persone dello stesso sesso al fine di garantire la libertà di soggiorno dei cittadini dell'Unione. - 5. La giurisprudenza della Corte di Giustizia come parametro di orientamento per una successiva regolamentazione

europea dei rapporti di filiazione transnazionale. - 6. La proposta di Regolamento della Commissione europea relativa al riconoscimento della filiazione tra Stati membri. - 7. Conclusioni.

## 1. Introduzione

La libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini all'interno del territorio dell'Unione europea – e prima della Comunità europea – costituisce uno fra i pilastri fondanti di questo organismo sovranazionale a far data dalla sua fase costitutiva, culminata nel Trattato di Roma del 1957<sup>1</sup>. Tale libertà si è connotata inizialmente in una prospettiva prettamente economica. Fino agli anni '90 del secolo scorso la libertà di circolazione era riconosciuta ai soli lavoratori (ovvero ai «fornitori di manodopera»), nell'intento di realizzare quel mercato comune che costituiva l'obiettivo principale della Comunità economica europea<sup>2</sup>. Il passaggio dallo *status* di *marketbürger*<sup>3</sup> a quello di cittadino dell'Unione europea, con l'entrata in vigore nel 1992 del Trattato di Maastricht, o Trattato sull'Unione europea (TUE)<sup>4</sup>, segna una tappa fondamentale nel processo di integrazione europea.

Il mutamento di prospettiva che si pone in essere è marcato: la circolazione ed il soggiorno si connotano ora come espressioni di una libertà fondamentale della persona per effetto dello *status* di cittadino ad essa riconosciuto. Tale processo evolutivo mette immediatamente in luce le sfide e le opportunità nello sviluppo di una democrazia

---

<sup>1</sup> VIVALDI, E. e BIONDI DAL MONTE, F., «La libertà di circolazione e soggiorno delle persone nell'Unione europea: apertura dei sistemi di welfare e ravvicinamento delle legislazioni», in ROSSI, E. e CASAMASSIMA, V. (a cura di), *La politica sociale europea tra armonizzazione normativa e nuova governance. L'impatto sull'ordinamento italiano*, Pisa University Press, Pisa, 2013, p. 109.

<sup>2</sup> Cfr. FERRARI, E., «L'uguale libertà del cittadino europeo: linee di frattura della corrispondente concezione nazionale di uguale libertà», in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007, p. 931, nt. 1.

<sup>3</sup> Cfr., in prospettiva sociologica, MARSHALL, T.H., *Cittadinanza e classe sociale*, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 10: «il diritto di esercitare l'occupazione di propria scelta nel luogo di propria scelta, unicamente sulla base di requisiti relativi alle competenze tecniche».

<sup>4</sup> Trattato sull'Unione europea, Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea C 191, 29 luglio 1992.

basata su più *demoi* invece che su un solo *demos*<sup>5</sup>. L'attribuzione di questo nuovo *status*, di conseguenza, ha portato ad una rimodulazione degli stessi concetti di cittadinanza e di nazionalità. Al profilarsi della nuova situazione che Maastricht avrebbe introdotto, le scienze sociali hanno addirittura elaborato la categoria del «post-nazionale», per evidenziare il superamento del «principio nazionalista» favorito dalla costruzione dell'Europa politica di cui, in quegli anni, si vedevano gli esordi<sup>6</sup>. Tale categoria è stata utilizzata, in particolare, in relazione a norme internazionali che si riferiscono alla persona o alla residenza invece che alla cittadinanza legale<sup>7</sup>. Più appropriata rispetto al nuovo scenario appare la categoria di «cittadinanza transnazionale», ovvero una cittadinanza che supera i confini territoriali<sup>8</sup>.

Tale prospettiva transnazionale emerge dall'applicazione effettiva del Trattato di Maastricht. Esso introduce in realtà una nozione di (extra)territorialità della cittadinanza capace di mettere in discussione – secondo taluni – l'adattabilità stessa della cittadinanza nazionale al quadro giuridico europeo<sup>9</sup>. Il Trattato, infatti, stabilisce che «[è] cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro» (art. 8, TUE); viene così a realizzarsi una relazione tra cittadinanza nazionale e «cittadinanza dell'Unione», senza che comunque siano apportate limitazioni alla prima<sup>10</sup>. Tale relazione, però, ha implicazioni di ampia incidenza sulla disciplina afferente la cittadinanza, che viene rimodulata nella prospettiva della transnazionalità. Il cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e stabilirsi liberamente sul territorio dei Paesi membri (art. 8 A, TUE); inoltre, ha il diritto di votare alle elezioni amministrative ed europee

---

<sup>5</sup> Cfr., in questo senso: WEILER, J.H.H., «European democracy and its critics: polity and system», e «To be a European citizen: Eros and civilization», in: ID. (a cura di), *The Constitution of Europe: Do the New Clothes have an Emperor?*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, p. 264, p. 324, ed in particolare pp. 344 ss.

<sup>6</sup> FERRY, J.M., «Pertinence du postnational», in *Esprit*, 1991, pp. 80 ss. Si veda pure: FERRY, J.M., «L'Etat européen» in KASTORYANO, R. (a cura di), *Quelle identité pour l'Europe? Le multiculturalisme à l'épreuve*, Presses de Sciences Po, Paris, 1998, pp.169-230.

<sup>7</sup> SOYSAL, Y.N., *Limits of Citizenship*, 3ª ed., University of Chicago Press, Chicago, 2007.

<sup>8</sup> BAUBOCK, R., *Transnational Citizenship. Membership and Rights in International Migration*, Edward Elgar, Aldershot, 1994.

<sup>9</sup> Cfr. BEREZIN M., «Introduction», in ID. e SCHAIN, M. (a cura di), *Europe without Borders: Remapping Territory, Citizenship, and Identity in a Transnational Age*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2004.

<sup>10</sup> KASTORYANO, R., «Citizenship, Nationhood and Non-Territoriality», in *Political Science and Politics*, 2005, pp. 694 s.

in uno Stato membro in cui non ha la cittadinanza, ma la semplice residenza (art. 8 B, TUE).

La graduale eliminazione delle frontiere interne – processo avviatosi ancor prima di Maastricht con l'accordo di Schengen, firmato il 14 giugno 1985<sup>11</sup> – ha trovato compimento nella Direttiva 2004/38/CE sul diritto dei cittadini europei e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio dell'Unione<sup>12</sup>.

Il trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007, recepisce e modifica il trattato di Roma del 1957, istitutivo della Comunità europea, attribuendogli l'attuale denominazione di Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)<sup>13</sup>.

Il TFUE prevede all'art. 20 che è cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro, precisando che la cittadinanza dell'Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce. Il successivo art. 21 stabilisce che tutti i cittadini dell'Unione hanno il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

Lo scenario transnazionale che si delinea nell'Unione europea è caratterizzato proprio da questa libertà di movimento<sup>14</sup>: i cittadini europei, ormai liberi di circolare in uno spazio europeo senza frontiere interne, possono entrare e soggiornare in ciascuno degli Stati membri. In essi possono liberamente scegliere di studiare<sup>15</sup> o di lavorare,

<sup>11</sup> Acquis di Schengen di cui all'articolo 1, paragrafo 2, della decisione 1999/435/CE del Consiglio del 20 maggio 1999, Gazzetta ufficiale delle Comunità europee L 239, 22 settembre 2000.

<sup>12</sup> Direttiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea L 229/35, 29 giugno 2004.

<sup>13</sup> Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (versione consolidata), Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea C 326/47, 26 ottobre 2012.

<sup>14</sup> VINK, M. e BAUBOCK, R., «Citizenship Configurations: Analysing the Multiple Purposes of Citizenship Regimes in Europe», in *Comparative European Politics*, 2013, p. 625: «[o]ne important aspect that is (...) the impact of withdrawal of citizenship on free movement rights guaranteed by EU citizenship».

<sup>15</sup> L'azione dell'Unione europea è specificamente intesa a «favorire la mobilità degli studenti e degli insegnanti» (art. 165 TFUE). Di ciò si ha pure riscontro nella giurisprudenza della Corte di giustizia: cfr. Corte giust., 14 giugno 2012, *Commissione europea c. Regno dei Paesi Bassi*, C-542/09, ECLI:EU:C:2012:346. Del resto la possibilità di studio all'estero, già prima del Trattato di Maastricht si profilava a completamento della libertà di circolazione riconosciuta ai lavoratori, come attestato



inserendosi a pieno titolo nel contesto ambientale ed esercitandovi, nei limiti sopra evidenziati, anche il proprio elettorato attivo e passivo<sup>16</sup>.

Stabilendosi in uno Stato membro diverso dal proprio, sul presupposto – già ampiamente evidenziato – della libertà di movimento, il cittadino europeo talvolta porterà con sé la propria famiglia. Per la definizione di «familiare» occorre fare riferimento all'art. 2 della Direttiva 2004/38/CE, sopra menzionata. Il testo della norma non diverge dal significato comunemente attribuito al termine. Sono di carattere familiare tanto i rapporti di coppia, ovvero quelli instaurati con un «coniuge» o un «partner registrato», quanto quelli parentali, relativi a «discendenti» ed «ascendenti»<sup>17</sup>. Va peraltro evidenziato che, come stabilito dall'art. 7(2) di tale Direttiva, il diritto di circolazione e soggiorno riconosciuto al cittadino europeo si estende ai familiari, anche nel caso essi non siano cittadini dell'Unione<sup>18</sup>.

Ad ampliare ulteriormente il quadro, va tenuto presente che i cittadini europei, nei liberi flussi loro consentiti, possono costituire famiglia negli Stati membri che li ospitano e successivamente possono tornare nello Stato membro di origine, o stabilirsi in altro Stato membro<sup>19</sup>. Questo introduce il tema della varietà tassonomica dei modelli familiari nel contesto dell'Unione europea.

---

dalla giurisprudenza dell'epoca: Corte giust., 13 febbraio 1985, *Françoise Gravier c. Città di Liegi*, C-293/83, ECLI:EU:C:1985:69. Cfr.: BELLONI, M.P., *La libera circolazione dei lavoratori e il diritto all'istruzione superiore nella Comunità europea*, CEDAM, Padova, 1995, pp. 130 s

<sup>16</sup> Cfr. HARTLEY, T., «Constitutional and Institutional Aspects of the Maastricht Agreement», in *International & Comparative Law Quarterly*, 1993, pp. 213 ss.

<sup>17</sup> Sulla nozione di «familiare» e sulle possibili implicazioni transnazionali e multiculturali, cfr. GARETTO, R., «The impact of multicultural issues on the notion of "family member"», in *Zbornik znanstvenih razprav*, 2019, pp. 7 ss.

<sup>18</sup> Cfr. sul tema specifico: CUYVERS, A., «Free Movement of Persons in the EU», in UGIRASHEBUJA, E. et al. (a cura di), *East African Community Law. Institutional, Substantive and Comparative EU Aspects*, Brill Nijhoff, Leiden, 2017, p. 363.

<sup>19</sup> Agli Stati membri, pertanto, è in linea di principio vietato adottare misure che limitino tale libertà dei cittadini europei e dei loro familiari. Cfr. per esempio, *inter alia*, Corte giust., 22 dicembre 2008, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica d'Austria*, C-161/07, ECLI:EU:C:2008:759; Corte giust., 5 novembre 2002, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632; Corte giust., 10 marzo 2009, *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH c. Wiener Landesregierung e Oberösterreichische Landesregierung*, C-169/07, ECLI:EU:C:2009:141.

## 2. Varietà tassonomica delle unioni riconosciute in ambito europeo e correlate discrasie

Questa fluidità nella dimensione spaziale può originare discrasie, se si tiene conto della varietà tassonomica della coppia destinata a costituire famiglia nell'ambito dell'Unione europea.

Proprio negli anni immediatamente successivi alla sottoscrizione del Trattato di Maastricht, due profili innovativi in materia di coppia sono emersi – in maniera vistosa – in generale nel contesto della cultura occidentale, ed in particolare in seno all'Unione europea. Si tratta del riconoscimento, accordato alle persone dello stesso sesso, del diritto di contrarre matrimonio e la possibilità, riconosciuta a persone di sesso uguale o opposto, di stipulare unioni registrate<sup>20</sup>.

Quanto al primo dei due profili, va rilevato che un ampio dibattito se ne è originato. Senza tacere la portata «politica» sottesa alla valutazione assiologica dei principi giuridici idonei a giustificare un'evoluzione così radicale di un plurimillenario istituto giuridico, va riconosciuto che negli ultimi decenni è in corso una trasformazione sociale<sup>21</sup> che sta conducendo alla progressiva accettazione sociale delle relazioni omosessuali nella maggior parte degli Stati membri. Quale effetto di tale accettazione, in molti fra questi Stati membri – collocati nell'area centro-settentrionale, occidentale ed in parte mediterranea dell'Unione –, il matrimonio tra persone dello stesso sesso è ora consentito.

Altrettanto rilevante e degno di attenzione è pure il secondo profilo evolutivo. Nel contesto sociale che caratterizza l'Unione europea, il matrimonio non è più considerato presupposto imprescindibile della vita in coppia e della decisione di avere figli<sup>22</sup>. Sempre più spesso,

<sup>20</sup> Cfr. GARETTO, R., «Una nuova tassonomia per i nuclei familiari? Prospettive e problemi nella nuova regolamentazione UE in Italia e in Europa», in RIVA, I. (a cura di), *Famiglie transfrontaliere: regimi patrimoniali e successori. Casi di studio. Atti del Convegno di Torino, 8 novembre 2019*, Università degli Studi di Torino, Torino, 2021, pp. 11 ss.

<sup>21</sup> Cfr. MARELLA, M.R. e MARINI, G., *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia. Le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 95.

<sup>22</sup> Con riferimento alla nozione «tradizionale» di matrimonio e di famiglia, fino a due decenni addietro prevalente, se non esclusiva, si veda: SCHERPE, J.M., «Formal recognition of adult relationships and legal gender in a comparative perspective?», in ASHFORD C. e A. MAINE, A. (a cura di), *Research Handbook on Gender, Sexuality and the Law*, Edward Elgar, Northampton, 2020, p. 17: «[u]ntil fairly recently, family law was solely focused on marriage, understood as the union of a man and a woman for life.

oggi, le famiglie si fondano su unioni non matrimoniali: convivenza di fatto e, laddove consentito, unione registrata.

Le unioni prive di formalizzazione al momento della loro costituzione – ovverosia le convivenze – si originavano nel passato in relazione ad esigenze diverse. Ad esse ricorrevano quanti, pur desiderosi di una condivisione di vita, per diversi motivi non potevano accedere al matrimonio, in particolare persone separate in attesa di divorzio e coppie costituite da persone dello stesso sesso. Altra possibilità era che i membri della coppia, anche se potenzialmente idonei – in quanto eterosessuali – al matrimonio, comunque non volessero sposarsi, perlopiù indotti a tale determinazione da ragioni ideologiche o da convinzioni personali.

La velocizzazione dell'*iter* per giungere al divorzio, cui si è dato corso in molti ordinamenti, ed il numero progressivamente maggiore di Stati membri che permettono a coppie dello stesso sesso di contrarre matrimonio rendono meno significativa la prima ipotesi, in termini quantitativi. Ben maggiore incidenza ha ancora oggi la seconda ipotesi. Suo peculiare elemento caratterizzante è proprio il fatto che essa costituisce libera scelta delle parti, le quali, anziché ricorrere al matrimonio, optano per l'unione, tanto di fatto, quanto – dove consentito – registrata. Alla base dell'opzione posta in essere dalla coppia, vi sono spesso istanze di realizzazione personale e forte sottolineatura del principio di uguaglianza tra i *partner*<sup>23</sup>.

Va infine tenuto presente che le unioni registrate costituiscono un modello non omogeneamente diffuso nell'Unione europea. Inoltre, anche quando esse sono previste nei singoli ordinamenti, spesso l'accesso è selettivamente circoscritto sul presupposto dell'orientamento sessuale dei *partner*<sup>24</sup>.

---

*Indeed, families were only created through and by that kind of marriage, and any adult relationship beyond that was not even deemed to be family».*

<sup>23</sup> In questa specifica forma di unione di fatto, ancora oggi piuttosto diffusa, la vita in coppia rappresenta l'obiettivo principale e la procreazione occupa perlopiù un posto secondario ed è spesso esclusa. Cfr. GARETTO, R., «Social Perspective Related to Family Formations in the European Union», in ID. (a cura di), *Report on Collecting Data. Methodological and Taxonomical Analysis*, IgiTo, Torino, 2019, p. 3.

<sup>24</sup> Sulle problematiche inerenti l'esclusione delle coppie eterosessuali dalla possibilità di accedere all'unione registrata, laddove alle coppie omosessuali questo sia consentito e sia loro permesso accedere altresì al matrimonio, cfr. NÍ SHÚILLEABHÁIN, M., «Private International Law Implications of 'Equal Civil Partnerships'», in *International & Comparative Law Quarterly*, 2019, 68, pp. 161 s.; SCHERPE, J.M., «The Past, Present and Future of Registered Partnerships», in ID. e

L'elemento di maggiore problematicità nel contesto dell'Unione europea in materia di diritto di famiglia è rappresentato dalla disomogenea regolamentazione delle unioni fra persone dello stesso sesso. Attualmente poco più della metà degli Stati membri dell'Unione europea – quattordici su ventisette – consentono a tali coppie di unirsi in matrimonio<sup>25</sup>. Nel 2001 i Paesi Bassi furono il primo Stato membro a permetterlo, mentre la Slovenia al momento è l'ultimo Stato membro nel quale – nel 2022 – si è attuata questa significativa riforma della disciplina matrimoniale.

Tenuta presente la progressiva accettazione sociale delle relazioni omosessuali cui già si è fatto riferimento, è ragionevole ritenere che in futuro anche altri Stati membri possano riformare la disciplina degli impedimenti matrimoniali, ammettendo le coppie dello stesso sesso al matrimonio e consolidando così una linea di tendenza ultraventennale<sup>26</sup>.

Anche le unioni registrate presentano elementi di potenziale problematicità nel contesto europeo. Fu la Danimarca il primo Stato membro a regolarle, nel 1989<sup>27</sup>. La loro originaria funzione era quella di offrire un riconoscimento – diverso dal matrimonio, che ancora in quel momento era prerogativa eterosessuale – alle coppie costituite da persone dello stesso sesso<sup>28</sup>. Mentre alcuni Stati membri, introducendo il matrimonio *same-sex*, espunsero le unioni registrate

---

HAYWARD, A. (a cura di), *The Future of Registered Partnerships. Family Recognition Beyond Marriage?*, Intersentia, Cambridge, 2017, pp. 570 ss. e GARETTO, R., «Opposite-sex registered partnerships and recognition issues», in KRAMBERGER ŠKERL, J. et al. (a cura di), *Case Studies and Best Practices Analysis to Enhance EU Family and Succession Law. Working Paper*, Università di Camerino, Camerino, 2019, pp. 89 ss.

<sup>25</sup> Gli Stati membri che attualmente consentono la celebrazione del matrimonio fra persone dello stesso sesso sono: Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Irlanda, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Portogallo, Slovenia, Spagna e Svezia. I dati tassonomici qui riportati, così come quelli forniti nelle note successive, sono più ampiamente trattati in: GARETTO, R., «Varietà tassonomica delle unioni registrate nell'Unione europea», in CAZORLA GONZÁLEZ, M.J. et al. (a cura di), *Regimi patrimoniali delle coppie transnazionali nell'Unione europea*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, pp. 87 ss.

<sup>26</sup> WAALDIJK, K., «What First, What Later? Patterns in the Legal Recognition of Same-Sex Partners in European Countries», in DIGOIX, M. (a cura di), *Same-Sex Families and Legal Recognition in Europe*, Springer, Cham, 2020, p. 15.

<sup>27</sup> Cfr. ROTHBLUM, E.D., «Same-Sex Marriage and Legalized Relationships: I Do, or Do I?», in *Journal of GLBT Family Studies*, 2005, p. 23.

<sup>28</sup> Cfr. SCHERPE, J.M., «The Past, Present and Future of Registered Partnerships», cit., p. 570.

precedentemente previste per le sole coppie omosessuali<sup>29</sup>, altri scelsero di consentire anche alle coppie costituite da persone di sesso opposto di accedere all'istituto dell'unione registrata<sup>30</sup>.

Considerando la genesi e l'evoluzione delle unioni registrate, si comprende come attualmente esse abbiano una diffusione non uniforme all'interno dell'Unione europea ed una disciplina piuttosto differenziata. In questo momento nove Stati membri consentono a tutte le coppie, di sesso opposto o dello stesso sesso, di registrare la propria unione, mentre quattro permettono la registrazione dell'unione esclusivamente a coppie dello stesso sesso<sup>31</sup>. Va comunque tenuto presente che il modello di unione registrata – consentito a tutti, a prescindere dal sesso, o riservato in via esclusiva alle coppie omosessuali – è adottato complessivamente da più della metà degli Stati membri (si tratta complessivamente di quattordici). Vi sono alcuni Stati membri – Cipro, Estonia e Grecia – che consentono alle coppie, indifferentemente dal sesso, l'accesso all'unione registrata, ma riservano il matrimonio alle coppie eterosessuali<sup>32</sup>. Infine otto Stati membri non prevedono l'istituto dell'unione registrata, a prescindere dal sesso delle parti. In due di essi – Portogallo e Spagna – è tuttavia consentito il matrimonio fra persone dello stesso sesso<sup>33</sup>, mentre negli altri sei – segnatamente: Bulgaria, Lettonia, Lituania, Polonia, Romania, Slovacchia – tale matrimonio è vietato e non è prevista per le coppie omosessuali alcuna forma di riconoscimento.

---

<sup>29</sup> In anni passati altri sei Stati membri, prima di riconoscere alle coppie omosessuali il diritto di contrarre matrimonio, prevedevano che esse potessero stipulare unioni registrate. Si tratta di: Danimarca, Finlandia, Germania, Irlanda, Slovenia e Svezia. Tali unioni – fatta eccezione per la Slovenia – risultano tuttora valide qualora le parti non abbiano optato per convertirle in matrimonio.

<sup>30</sup> Cfr. SCHERPE, J.M., «The Past, Present and Future of Registered Partnerships», cit., p. 570.

<sup>31</sup> I nove Stati membri che permettono a tutte le coppie, a prescindere dal sesso, di registrare la propria unione sono: Austria, Belgio, Cipro, Estonia, Francia, Grecia, Lussemburgo, Malta e Paesi Bassi. I quattro Stati che consentono la registrazione dell'unione esclusivamente a coppie dello stesso sesso sono: Croazia, Italia, Repubblica Ceca e Ungheria.

<sup>32</sup> LIMA, D., «Registered Partnerships in Greece and Cyprus», in SCHERPE, J.M. e HAYWARD, A. (a cura di), *op. cit.*, pp. 301 ss.

<sup>33</sup> Spagna e Portogallo giunsero ad ammettere le coppie omosessuali al matrimonio, rispettivamente nel 2005 e nel 2010, senza previamente regolare i loro rapporti con unioni registrate. Cfr. WAALDIJK, K., *op. cit.*, p. 15.

L'esercizio della libertà garantita ad ogni cittadino dell'Unione europea di soggiornare, assieme ai propri familiari, in uno Stato membro diverso dal proprio, come previsto dall'art. 21 TFUE, pone particolari problemi con riferimento alla pluralità tassonomica di modelli familiari. La Corte di Giustizia dell'Unione europea non ha trascurato le implicazioni transnazionali riconducibili alla nozione di cittadinanza europea, ben conscia dell'incessante intensificarsi dei movimenti tra Stati membri.

### **3. La pronuncia della Corte di Giustizia sulla nozione di «coniuge» rispetto alla libertà di soggiorno dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari**

Sul piano del diritto internazionale privato, si pone il problema degli effetti che possono dispiegare matrimoni fra persone dello stesso sesso, validamente costituiti in uno Stato membro, in Stati membri che non prevedano alcuna forma di riconoscimento – neppure l'unione registrata – per le coppie omosessuali.

Va preliminarmente ricordato che, qualora lo Stato membro dovesse consentire a tali coppie l'accesso alle unioni registrate, in luogo del matrimonio, garantendo loro diritti equivalenti al matrimonio, sarebbe possibile l'effettuazione di un *downgrading* del matrimonio celebrato all'estero, che verrebbe equiparato ad un'unione registrata<sup>34</sup>. Per quanto un simile «declassamento»<sup>35</sup> – questa la traduzione letterale del termine *downgrading* – possa destare perplessità su un piano formale<sup>36</sup>, esso comunque non intacca in

---

<sup>34</sup> Cfr. MARINAL, S., «Recognition in Italy of Same-sex Marriages Celebrated Abroad: the Importance of a Bottom-up Approach», in *European Journal of Legal Studies*, 2016, p. 12 e GARETTO, R., «Different Approaches to Marriage Downgrading: from an Anti-Elusive Measure to an Anti-Discriminatory Claim», in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2021, pp. 134 ss.

<sup>35</sup> Consiglio dell'Unione europea, Decisione del Consiglio che adotta le norme di sicurezza del Consiglio, Bruxelles, 28 Febbraio 2001, Doc. 5775/01, Sezione II, p. 18: «[p]er declassamento ("*downgrading*") si intende una riduzione del grado di classificazione».

<sup>36</sup> Per il *downgrading* operato dalla Corte di Cassazione in materia di matrimonio fra persone dello stesso sesso celebrato all'estero, cfr: Cass. civ., sez. I, 14 maggio 2018,

concreto i diritti della coppia transnazionale. La mancanza invece di ogni forma di riconoscimento delle coppie costituite da persone dello stesso sesso genera una vistosa discrasia nel contesto dell'Unione. Nel 2018 gli effetti di tale discrasia sul piano del diritto di soggiorno e di stabilimento nell'Unione, come garantito dall'art. 21 del TFUE, sono stati tema di decisione dalla Corte di Giustizia nel caso *Coman*<sup>37</sup>.

Oggetto della decisione riguarda la possibilità che la nozione di «coniuge», ai sensi delle disposizioni del diritto dell'Unione sulla libertà di soggiorno dei cittadini europei e dei loro familiari, comprenda anche i coniugi dello stesso sesso. Come è stato giustamente osservato, *Coman* non sorprende in termini di risultato, ma costituisce una conquista in termini di «eleganza e profondità», ponendo le premesse per ulteriori sviluppi relativi all'applicazione del diritto di circolazione e soggiorno nell'Unione, senza che possa essere operata discriminazione alcuna<sup>38</sup>.

Il caso si riferisce al matrimonio celebrato validamente fra due uomini, uno dei quali non cittadino europeo, in uno Stato membro. Si tratta nello specifico di Relu Adrian Coman, romeno con cittadinanza anche statunitense, e Robert Clabourn Hamilton, di nazionalità statunitense<sup>39</sup>. I due si sono sposati nel 2010 in Belgio ed entrambi sono residenti in quello Stato. La residenza del coniuge extraeuropeo in Belgio è giustificata dall'applicazione dell'art. 21 del TFUE, che afferma il diritto di libera circolazione e soggiorno non solo per i cittadini dell'Unione europea, ma anche per i loro familiari, anche qualora essi abbiano cittadinanza extraeuropea.

---

n. 11696, in *Familia*, 2019, pp. 473 ss., con nota di RAMUSCHI, M. Sulle perplessità che tale attività di *downgrading* può destare, cfr. GARETTO, R., *op. ult. cit.*, pp. 139 s.

<sup>37</sup> Corte giust., 5 giugno 2018, *Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Asociația Accept c. Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor Interne*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385. Si veda la sentenza sul sito web istituzionale: <http://curia.europa.eu/juris/>. Per un commento al caso, cfr.: PERLINGIERI, G. e ZARRA, G., *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, pp. 158 ss.

<sup>38</sup> BELAVUSAU, U. e KOCHENOV, D., «Same-sex spouses: More free movement, but what about marriage? *Coman*», in *Common Market Law Review*, 2020, p. 227: «*Coman is unsurprising in terms of results, yet it constitutes an achievement in terms of elegance and depth, leading to the further development of equality and non-discrimination law in Europe*».

<sup>39</sup> Per una dettagliata ricostruzione degli antecedenti del caso: ANIȚEI, N.C., «Decision in Case C-673/16 *Relu Adrian Coman and Others/ General Inspectorate for Immigration*», in *Jurnalul de Studii Juridice*, 2018, pp. 113 s.

Nel 2012 vengono avviate le procedure in Romania, con lo scopo di permettere a Relu Adrian Coman di lavorare e risiedere legalmente nel suo Paese con il coniuge. Al rigetto della richiesta è stato interposto ricorso giudiziale, sul presupposto di una questione di incostituzionalità rispetto alle disposizioni dell'art. 277, c. 2 e c. 4 del codice civile rumeno<sup>40</sup>.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea viene chiamata così a decidere in materia di libertà di circolazione e soggiorno all'interno del territorio dell'Unione, dovendo però affrontare preliminarmente il delicato problema del vuoto normativo riscontrabile in alcuni Stati membri – sei nello specifico, ai quali si è fatto riferimento esplicito nel paragrafo precedente – rispetto al riconoscimento di matrimoni fra persone dello stesso sesso, validamente celebrati in altri Stati membri. L'elemento di transnazionalità dell'unione in oggetto impone alla Corte di garantire comunque i diritti stabiliti art. 21 del TFUE.

A questo scopo, la Corte di giustizia opera una sorta di bilanciamento dei principi, secondo un criterio di ragionevolezza<sup>41</sup>, e giunge alla conclusione che l'ordine pubblico interno debba essere inteso in senso restrittivo<sup>42</sup>, nel senso che la sua incidenza debba «attenuarsi», di fronte al rischio che si ponga un limite o un'eccezione alla libera circolazione nel territorio degli Stati membri<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> Il comma 2 dell'art. 277 del codice civile (*codul civil*) rumeno, entrato in vigore nel 2011, stabilisce che: «*[c]ășătoriile dintre persoane de același sex încheiate sau contractate în străinătate fie de cetățeni români, fie de cetățeni străini nu sunt recunoscute în România*», ossia che i matrimoni tra persone dello stesso sesso conclusi o contratti all'estero da cittadini rumeni o stranieri non sono riconosciuti in Romania. Il comma 4 dello stesso articolo prevede invece che: «*[d]ispozițiile legale privind libera circulație pe teritoriul României a cetățenilor statelor membre ale Uniunii Europene și Spațiului Economic European rămân aplicabile*», ovvero che le disposizioni di legge sulla libera circolazione sul territorio della Romania dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea e dello Spazio economico europeo restano applicabili.

<sup>41</sup> Sulla possibilità di operare, in tema di ordine pubblico, un bilanciamento dei principi secondo criteri di ragionevolezza, cfr. PERLINGIERI, G. e ZARRA, G., *op. cit.*, pp. 56 s.

<sup>42</sup> Corte giust., 5 giugno 2018, cit., § 44 «la Corte ha dichiarato in più occasioni che la nozione di "ordine pubblico", in quanto giustificazione di una deroga a una libertà fondamentale, dev'essere intesa *in senso restrittivo*, di guisa che la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell'Unione» (enfasi aggiunta).

<sup>43</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «¿Matrimonio entre personas del mismo sexo para toda la UE? A propósito de las conclusiones del Abogado General en el Asunto Coman», in *La Ley Unión Europea*, 2018, p. 4: «*el orden público es un mecanismo de compromiso que puede operar en un determinado momento decantando la balanza en uno u otro sentido*».



La Corte considera corretto operare in questo senso, in quanto ritiene che riconoscere alcuni effetti di un matrimonio fra persone dello stesso sesso validamente costituito in altro Stato membro non incide sulla disciplina interna del matrimonio, materia di competenza esclusiva di ciascuno Stato membro. Essa applica in questo caso un «*sole purpose approach*»<sup>44</sup>: il riconoscimento dello *status* di «coniuge» – anche laddove uno Stato membro non consenta il matrimonio tra persone dello stesso sesso –, è ritenuto necessario al solo fine di garantire la libera circolazione, senza discriminazione alcuna, in tutto il territorio dell'Unione.

Per quanto la sentenza *Coman* abbia quindi come precipua preoccupazione riconoscere il diritto di soggiorno all'interno dell'Unione ad un cittadino di un Paese terzo, essa costituisce tuttavia una solida base per l'affermazione di un principio di «continuità», dello *status* personale<sup>45</sup>. La Corte europea con questa decisione non produce effetti diretti rispetto all'asimmetria dei modelli di unione<sup>46</sup> ma, nei limiti della sua competenza e della sua funzione, su un piano sostanziale garantisce ai *partner* il riconoscimento di un proprio diritto

---

<sup>44</sup> Con riferimento al caso in esame, l'opportunità di una «*single-purpose recognition*» è attentamente esaminata da KOCHENOV, D.V. e BELAVUSAU, U., «After the celebration: Marriage equality in EU Law post-Coman in eight questions and some further thoughts», in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2020, pp. 562 ss.

<sup>45</sup> Cfr. NOTO LA DIEGA, G., «The European approach to recognising, downgrading, and erasing same-sex marriage celebrated abroad», in HAMILTON, F. e NOTO LA DIEGA, G. (a cura di), *Same-Sex Relationships, Law and Social Change*, Routledge, Oxon-New York, 2020, p. 35. Parte dei commentatori sono invece di altro avviso: cfr. KRZYSZTOFIK, E., «Gloss to the Judgement of the Court of Justice of the European Union in Case C 673/16 Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton v. Inspectoratul General pentru Imigrari (Romania)», in *Przegląd Prawa Konstytucyjnego*, 2018, p. 438: «*the Court of Justice expressly used the term "for residence purposes". It seems that it partially limits the scope of his rights. It should be assumed that it excludes applying for other rights granted to marriages within the meaning of national law, including, e.g. family and guardianship claims*».

<sup>46</sup> Pur non negando questo presupposto, alcuni commentatori ritengono che la sentenza costituisca un primo passo verso un'auspicabile uguaglianza matrimoniale a livello transnazionale nel contesto UE. Cfr. TRYFONIDOU, A., «The EU Top Court Rules that Married Same-Sex Couples Can Move Freely Between EU Member States as "Spouses": Case C-673/16, Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Asociația Accept v Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor Interne», in *Feminist Legal Studies*, 2019, p. 212: «*it is a very welcome first step towards marriage equality at a cross-border level in the EU*».

fondamentale, anche in uno Stato membro nel quale il loro modello di unione non trovi alcuna forma di riconoscimento<sup>47</sup>.

Viene così stabilito il principio che il matrimonio omosessuale validamente contratto in uno Stato dell'Unione europea<sup>48</sup> ottiene un «riconoscimento funzionale»<sup>49</sup>, producendo effetti in tutti gli altri Stati membri allo scopo – espressamente circoscritto – di garantire libera circolazione e soggiorno del cittadino dell'Unione e dei suoi familiari<sup>50</sup>: anche se gli Stati membri sono liberi di autorizzare o meno il matrimonio fra persone dello stesso sesso, essi non possono ostacolare la libertà di soggiorno di un cittadino dell'Unione, rifiutando di concedere al coniuge – per quanto sia persona dello stesso sesso – un diritto di soggiorno derivato sul loro territorio, nell'ipotesi in cui il coniuge sia privo di cittadinanza europea.

---

<sup>47</sup> RIJPMMA, J.J., «You Gotta Let Love Move ECJ 5 June 2018, Case C-673/16, *Coman, Hamilton, Accept v Inspectoratul General pentru Imigrări*», in *European Constitutional Law Review*, 2019, p. 338: «[t]he EU is not a human rights organisation and its Court of Justice, despite protecting fundamental rights within the EU legal order, is not a human-rights tribunal. Nor is the EU a federal state and its Court, despite fulfilling many similar functions, is not a Constitutional Court [...]. This has allowed the Court to arrive at an answer that is satisfactory from a fundamental rights perspective without taking a more controversial fundamental rights approach».

<sup>48</sup> Resta irrisolta la questione relativa agli effetti che possono produrre matrimoni fra persone dello stesso sesso celebrati validamente fuori dal territorio dell'Unione europea. Cfr. TRYFONIDOU, A., «The ECJ recognises the right of same-sex spouses to move freely between EU Member States: the *Coman* ruling», in *European Law Review*, 2019, p. 17: «[t]he *The ruling speaks only of same-sex couples who have concluded their marriage in an EU Member State – does this mean that same-sex couples who happened to have their marriage concluded outside the EU cannot benefit from the principle established in the case?*».

<sup>49</sup> KROEZE, H., «EU citizenship and family reunification: the evolving concept of a European Union territory», in KOSTAKOPOULOU, D. e THYM, D. (a cura di), *Research Handbook on European Union Citizenship Law and Policy: Navigating Challenges and Crisis*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2022, p. 175: «[t]he Court does not oblige Member States to introduce same-sex marriage in their national legislation, but introduces a functional recognition of same-sex marriage for the application of rights derived from EU law only» (enfasi aggiunta).

<sup>50</sup> TRYFONIDOU, A., «The EU Top Court Rules», cit., p. 218: «[t]he judgment has great symbolic importance, in that it demonstrates (...) that for the purposes of EU law, married same-sex couples are in the same position as married opposite-sex couples».

#### 4. Riconoscimento «funzionale» della genitorialità tra persone dello stesso sesso al fine di garantire la libertà di soggiorno dei cittadini dell'Unione

Alcuni anni dopo la sentenza *Coman*, la Corte di Giustizia ha affrontato di nuovo la problematica delle discrasie derivanti dalla varietà tassonomica di coppie e di famiglie nell'Unione europea, decidendo, il 14 dicembre 2021, il caso *V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*<sup>51</sup>.

Una coppia di persone dello stesso sesso, composta da una cittadina bulgara (V.M.A, la richiedente) e da una cittadina britannica (K.D.K), risiede in Spagna dal 2015. Dopo il matrimonio celebrato a Gibilterra nel 2018, le due donne proseguono la propria vita familiare in Spagna, dove nel 2019 diventano madri di una bambina (S.D.K.A). Le autorità spagnole hanno rilasciato un certificato di nascita della bambina che riconosce entrambe le donne come madri, senza rivelare quale delle due l'abbia partorita. V.M.A ha chiesto successivamente alle autorità bulgare di redigere un certificato di nascita della figlia, condizione necessaria per il rilascio di documenti d'identità che ne attestino la cittadinanza bulgara. Tuttavia per la Bulgaria, che riconosce solo i matrimoni eterosessuali e non regola in alcun modo le unioni fra persone dello stesso sesso, la filiazione può essere attribuita soltanto ad un padre e ad una madre. Pertanto le autorità bulgare hanno respinto la richiesta di rilascio del certificato di nascita per due motivi: l'assenza di informazioni sulla madre naturale della bambina ed il fatto che la registrazione di due genitori dello stesso sesso in un certificato di nascita è contraria all'ordine pubblico bulgaro<sup>52</sup>. V.M.A

---

<sup>51</sup> Corte giust., Grande Sezione, 14 dicembre 2021, *V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*, C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008. Si veda la sentenza sul sito web istituzionale: <http://curia.europa.eu/juris/>.

<sup>52</sup> Mentre il caso *V.M.A.* era ancora pendente davanti alla Corte di Giustizia, in dottrina si evidenziava un'ambiguità, non risultando chiaro se le autorità bulgare avessero rifiutato di rilasciare un certificato di nascita (e quindi il problema si poneva in termini meramente amministrativi), ovvero se si fossero rifiutate di riconoscere i legami di parentela stabiliti dalle autorità spagnole (ponendo la questione sul piano del diritto sostanziale). Cfr. THIENPONT, D., «L'arrêt SM et le quasi-droit au séjour des enfants recueillis par kafala: un pas supplémentaire vers la protection de la pluralité des familles dans l'espace européen», in *Revue trimestrielle de droit familial*, 2021, p. 450.

presenta quindi un ricorso contro la decisione di rifiuto presso il Tribunale amministrativo della città di Sofia<sup>53</sup>.

Tale tribunale riconosce che la bambina ha comunque la cittadinanza bulgara, in applicazione di quanto stabilito dall'art. 25(1) della Costituzione della Bulgaria<sup>54</sup>. In merito al rifiuto delle autorità bulgare di registrare la nascita di una cittadina bulgara, avvenuta in un altro Stato membro e attestata da un certificato di nascita che menziona due madri, il Tribunale non risolve la questione se esso – impedendo di fatto il rilascio di un documento di identità alla minore – violi le disposizioni dell'Unione europea sulla libertà di circolazione e soggiorno.

Il tribunale amministrativo bulgaro sottopone quindi la questione alla Corte di giustizia.

La Corte, nell'affrontare la questione, riconosce preliminarmente che la bambina ha la cittadinanza bulgara per nascita – poiché una delle sue madri è cittadina bulgara – e quindi è cittadina dell'UE<sup>55</sup>. Ne consegue che le autorità bulgare sono tenute a rilasciarle un documento di identità<sup>56</sup>, il quale indichi la sua nazionalità ed il suo cognome, quali risultano dal certificato di nascita spagnolo<sup>57</sup>.

La Corte ha poi osservato che tra i diritti di cui godono i cittadini degli Stati membri, ai sensi dell'articolo 21 del TFUE, vi è il diritto di condurre una vita familiare normale, insieme ai propri familiari, sia nello Stato membro ospitante, sia di quello di cui hanno la cittadinanza, qualora decidano di ritornare a risiedere nel territorio di

---

<sup>53</sup> Per una puntuale ricostruzione degli antefatti del caso: STAMATOPOULOS, A., «C.J.U.E. (GC), 14 Dicembre 2021, V.M.A. contre Stoliczna Obshtina, Rayon "Pancharevo", C-490/20, ECLI:EU:C:2021:296. La reconnaissance des actes de naissance mentionnant comme parents deux personnes de même sexe dans l'Union européenne: analyse à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice», in *Cahiers de l'EDEM - UCLouvain*, 2022, pp. 3 s.

<sup>54</sup> Il comma 1 dell'art. 25 della Costituzione della Bulgaria (*Конституция на Република България*), entrata in vigore nel 1991, stabilisce: «[б]ългарски гражданин е всеки, на когото поне единият родител е български гражданин или който е роден на територията на Република България, ако не придобива друго гражданство по произход», ossia che è cittadino bulgaro chiunque abbia almeno uno dei genitori cittadino bulgaro o sia nato sul territorio della Repubblica di Bulgaria, qualora non acquisisca altra cittadinanza per *ius sanguinis*.

<sup>55</sup> Corte giust., Grande Sezione, 14 dicembre 2021, cit., § 39.

<sup>56</sup> Direttiva 2004/38/CE, cit., art. 4, par. 3: «[g]li Stati membri rilasciano o rinnovano ai loro cittadini, ai sensi della legislazione nazionale, una carta d'identità o un passaporto dai quali risulti la loro cittadinanza».

<sup>57</sup> Corte giust., Grande Sezione, 14 dicembre 2021, cit., § 44.

tale Stato membro<sup>58</sup>. In merito allo *status filiationis*, la Corte ha riconosciuto che le autorità spagnole hanno legittimamente attribuito un rapporto di «genitore-figlio» tra le due donne (V.M.A. e K.D.K.) e la bambina (S.D.K.A.), attestandolo nel certificato di nascita<sup>59</sup>. Nel fare questo, hanno riconosciuto alla bambina un diritto al nome, attribuito in Spagna da entrambi i genitori, che fa parte del suo *status* personale e familiare e che deve essere preservato allorché essa, in qualità di cittadina europea, circoli nel territorio dell'Unione<sup>60</sup>.

Di conseguenza V.M.A. e K.D.K., ai sensi dell'articolo 21 TFUE<sup>61</sup>, in quanto genitori di un cittadino dell'Unione minorenni di cui sono le principali affidatarie, devono essere riconosciute da tutti gli Stati membri come aventi il diritto di accompagnare tale minore nell'esercizio del suo diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri<sup>62</sup>. Il rifiuto di questo diritto può costituire un ostacolo all'esercizio del diritto alla libera circolazione, quale garantito dell'articolo 21 del TFUE<sup>63</sup>.

Il riconoscimento «funzionale» – o per alcuni «parziale»<sup>64</sup> – del rapporto «genitore-figlio» tra le donne – individuabili come genitrici –

---

<sup>58</sup> *Ivi*, § 47 «[o]ccorre ricordare che i diritti riconosciuti ai cittadini degli Stati membri all'articolo 21, paragrafo 1, TFUE includono il diritto di condurre una normale vita familiare sia nello Stato membro ospitante sia nello Stato membro del quale essi possiedono la cittadinanza, al ritorno in tale Stato membro, ivi beneficiando della presenza, al loro fianco, dei loro familiari».

<sup>59</sup> *Ivi*, § 48 prima parte: «[è] pacifico che, nel procedimento principale, le autorità spagnole hanno accertato legalmente l'esistenza di un rapporto di filiazione, biologica o giuridica, tra S.D.K.A. e i suoi due genitori, V.M.A. e K.D.K., e hanno attestato il medesimo nell'atto di nascita rilasciato per la figlia di queste ultime».

<sup>60</sup> Cfr. WINKLER, S., «Diritto al nome e libera circolazione delle persone», in *Papers di diritto europeo. Università degli Studi di Verona*, 2020, p. 54: «[c]hi circola da uno stato all'altro dell'Unione ha la necessità di vedere riconosciuto e tutelato il proprio status personale e familiare anche al di fuori del paese d'origine. Il diritto al nome è uno degli elementi di cui si compone lo status personale ed è forte espressione dell'identità di qualsiasi soggetto».

<sup>61</sup> Nonché in conformità a quanto stabilito dalla Direttiva 2004/38/CE, cit.

<sup>62</sup> Corte giust., Grande Sezione, 14 dicembre 2021, cit., § 48, seconda parte: «[i]n applicazione dell'articolo 21 TFUE e della direttiva 2004/38, a V.M.A. e K.D.K., in quanto genitori di un cittadino dell'Unione minorenni di cui hanno la custodia effettiva, deve quindi essere riconosciuto da tutti gli Stati membri il diritto di accompagnare quest'ultimo nell'esercizio del suo diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri».

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> Ad una «reconnaissance "partielle"» fanno espresso riferimento: THIENPONT, D. e WILLEMS, G., «Le droit à la libre circulation des familles homoparentales consacré par la Cour de justice de l'Union européenne (obs. sous C.J.U.E., Gde Ch., arrêt

e la bambina, nel contesto dell'esercizio da parte di quest'ultima dei suoi diritti, ai sensi dell'art. 21 TFUE, non mina l'identità nazionale della Bulgaria, né costituisce una minaccia per l'ordine pubblico di tale Stato membro. Pur restando ferma la decisione della Corte, la Bulgaria è quindi ancora libera di decidere se consentire o meno il matrimonio e la genitorialità tra persone dello stesso sesso nell'ambito del proprio diritto nazionale.

## 5. La giurisprudenza della Corte di Giustizia come parametro di orientamento per una successiva regolamentazione europea dei rapporti di filiazione transnazionale

Sebbene la decisione della Corte nel caso *V.M.A.* applichi una clausola generale rappresentata dal «*best interest of the child*»<sup>65</sup>, inteso come considerazione «prioritaria» dell'interesse del minore<sup>66</sup>, non sfugge come venga anche in questa decisione ribadito il principio – già espresso nel caso *Coman* – secondo cui è necessario garantire ad ogni formazione familiare riconosciuta in uno Stato membro libertà di circolazione e soggiorno nel territorio di tutti gli altri Stati membri.

Ancora una volta la Corte di Giustizia, nel riconoscere che il diritto di circolazione e soggiorno all'interno dell'unione si riverbera dai

---

V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon "Pancharevo", 14 décembre 2021, aff. C-490/20», in *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 2022, pp. 925 ss.

<sup>65</sup> Cfr. DI MASI, M., *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Jovene, Napoli, 2020, p. 55: «il potere pubblico ha iniziato ad intervenire sempre più incisivamente nell'area del diritto di famiglia attinente all'esercizio delle relazioni genitoriali per garantire il *best interest of the child*». Nello stesso senso: CARBONE, J., *From partners to parents. The second revolution in family law*, Columbia University Press, New York, 2000, p. 239. Per l'applicazione del principio del «*best interest of the child*» nelle decisioni della Corte di Giustizia, cfr. FRIEDERY, R., «Developments in family reunification cases before the CJEU», in *Bratislava Law Review*, 2019, pp. 11 ss. e JIMÉNEZ BLANCO, P., «Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado. Cross-border mobility of persons, family life and private international law», in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2018, p. 30.

<sup>66</sup> Sul tema della corretta traduzione in italiano dell'espressione inglese, cfr. LENTI, L., «Note critiche in tema di interesse del minore», in *Rivista di diritto civile*, 2016, pp. 86 ss.

singoli cittadini sulle formazioni familiari da essi costituite, mantiene fermo il proprio «*sole purpose approach*». Non viene così intaccato l'assioma in base al quale i rapporti matrimoniali o di coppia e lo *status* delle persone sono protetti dallo scudo dell'ordine pubblico nazionale e si collocano, in tal modo, tra le materie di competenza esclusiva degli Stati membri. Tuttavia la Corte ricorda che il concetto di ordine pubblico come giustificazione di una deroga a una libertà fondamentale deve essere interpretato in modo restrittivo<sup>67</sup>, ed in ciò ricalca quanto stabilito nel caso *Coman*<sup>68</sup>.

Alla luce di tale determinazione, in entrambe le decisioni esaminate viene di fatto innestato un modello familiare «estraneo» in uno specifico ordinamento giuridico, alterandone in modo sostanziale l'assetto tassonomico, senza tuttavia che sul piano formale la tetraedrica intangibilità della famiglia, rispetto all'ordine pubblico nazionale, sia intaccata.

Più opportuno sarebbe, a questo punto, un approccio olistico al tema della famiglia transnazionale, che non costringa il ricorso al contenzioso rispetto a materie attinenti i valori fondanti, solennemente proclamati nell'art. 2 del TUE, fra i quali, nello specifico: il rispetto della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Tali valori fondanti vincolano gli Stati membri e la decisione della Corte di Giustizia nel caso *V.M.A.* ne è un'ulteriore riprova<sup>69</sup>.

Un simile approccio può indubbiamente fare leva sul concetto stesso di ordine pubblico, in sé sfuggente ed in continua evoluzione<sup>70</sup>, e sulla necessità di nuovi equilibri tra ordine pubblico nazionale, europeo ed internazionale<sup>71</sup>. Esso inoltre non può prescindere da un principio di autonomia negoziale nella regolamentazione degli *status*

---

<sup>67</sup> Corte giust., Grande Sezione, 14 dicembre 2021, cit., § 55: «la Corte ha dichiarato in più occasioni che la nozione di "ordine pubblico", in quanto giustificazione di una deroga a una libertà fondamentale, dev'essere intesa in senso restrittivo».

<sup>68</sup> Cfr. Corte giust., 5 giugno 2018, cit., § 44.

<sup>69</sup> Cfr. BOEKESTEIN, T.L., «Making Do With What We Have: On the Interpretation and Enforcement of the EU's Founding Values», in *German Law Journal*, 2022, p. 436, sub nota 43.

<sup>70</sup> Cfr. GOÑI URRIZA, N., «El ámbito de aplicación de las libertades europeas que afectan al Derecho de familia y las relaciones entre el orden público de la UE y el de los Estados miembros», in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2021, pp. 248 ss.

<sup>71</sup> Cfr. FERACI, O., *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 78 ss.

e dei rapporti familiari fra componenti la formazione familiare, a prescindere dalla varietà tassonomica in cui essa si colloca<sup>72</sup>.

L'Unione europea ha avviato in modo sofferto un percorso in questa direzione, prova ne sono i Regolamenti UE 1103/16 e 1104/16, i c.dd. «Regolamenti Gemelli» sui regimi patrimoniali delle coppie transazionali che abbiano formalizzato il proprio rapporto tanto con matrimonio, quanto con unione registrata<sup>73</sup>, adottati - non per nulla - con cooperazione rafforzata nel 2016<sup>74</sup>. L'incentivo offerto dalla Corte di Giustizia in materia di libertà di circolazione e tutela della «vita familiare» ha rappresentato certamente uno sprone in questa direzione<sup>75</sup>.

In linea con la “Strategia per l’uguaglianza delle persone LGBTIQ 2020-2025”, presentata il 12 novembre 2020<sup>76</sup>, la Commissione europea ha predisposto una proposta di Regolamento con l’obiettivo di garantire il riconoscimento della genitorialità transnazionale tra gli Stati membri dell’Unione.

---

<sup>72</sup> Cfr. CHIAPPETTA, G., «Cittadinanza europea: opportunità e abusi nel diritto internazionale privato della famiglia», in *Cittadinanza europea*, 2021, pp. 105 ss.

<sup>73</sup> Regolamento (UE) 2016/1103 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e Regolamento (UE) 2016/1104 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea L 183, 8 luglio 2016 (entrambi).

<sup>74</sup> Sul tema della cooperazione rafforzata nei «Regolamenti Gemelli», cfr. RUGGERI, L., «Introduzione», in CAZORLA GONZÁLEZ, M.J. *et al.* (a cura di), *op. cit.*, pp. 44 ss.

<sup>75</sup> Cfr. ARENAS GARCÍA, R., «El reconocimiento de las situaciones familiares en la UE», in CUARTERO RUBIO, M.V. e VELASCO RETAMOS, J.M. (a cura di), *La vida familiar internacional en una Europa compleja. Cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 47 ss.

<sup>76</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, «Unione dell’uguaglianza: strategia per l’uguaglianza LGBTIQ 2020-2025», Bruxelles, 12 novembre 2020, COM(2020) 698 final.



## 6. La proposta di Regolamento della Commissione europea relativa al riconoscimento della filiazione tra Stati membri

Il 7 dicembre 2022 la Commissione europea ha formalmente adottato una proposta di Regolamento, volta ad armonizzare le norme di diritto internazionale privato in materia di filiazione a livello europeo<sup>77</sup>. La proposta si incentra sull'interesse dei minori<sup>78</sup>, il «*best interest of the child*» cui si è fatto riferimento nel paragrafo precedente.

L'*incipit* dell'art. 3 del Regolamento proposto indica in modo sintetico ma preciso lo scopo: «*[t]his Regulation shall apply to civil matters of parenthood in cross-border situations*». La Commissione europea intende quindi, attraverso il Regolamento proposto, creare chiarezza giuridica rispetto alle problematiche delle famiglie transnazionali<sup>79</sup> all'interno dell'Unione.

L'art. 1 del Regolamento proposto sancisce il principio cardine cui si è attenuta la Commissione, ovvero che la filiazione stabilita in uno Stato membro dell'Unione sia riconosciuta in tutti gli altri Stati membri, senza alcuna procedura speciale. La formulazione del testo dell'articolo è – in questo senso – chiara: «*[t]his Regulation lays down (...) common rules for the recognition or, as the case may be, acceptance in a Member State of court decisions on parenthood given, and authentic instruments on parenthood drawn up or registered, in another Member State*».

Il diritto dell'Unione europea in materia di libera circolazione, come interpretato dalla Corte di giustizia nel caso *V.M.A.*, prevede già che la filiazione stabilita in uno Stato membro debba essere «funzionalmente» riconosciuta in tutti gli altri Stati membri per scopi specifici, vale a dire la libertà di circolazione e soggiorno e la tutela della «vita familiare». Tuttavia la varietà tassonomica delle coppie

---

<sup>77</sup> European Commission, «Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood», Bruxelles, 7 dicembre 2022, COM(2022) 695 final, 2022/0402.

<sup>78</sup> European Commission, «Proposal», cit., Explanatory Memorandum, § 1: «*[t]he objective of the proposal is to strengthen the protection of the fundamental rights and other rights of children in cross-border situations (...) taking the best interests of the child as a primary consideration*» (enfasi aggiunta).

<sup>79</sup> Sul concetto di famiglia transnazionale, cfr. *supra*, paragrafo 1.

riconosciute all'interno dell'Unione può avere rilevanti ripercussioni sul diritto domestico di – ancora – molti fra gli Stati membri.

La proposta della Commissione europea rende così più facile per i minori di famiglie transnazionali beneficiare dei diritti derivanti dalla filiazione, quale regolata dal diritto domestico dei singoli stati membri, in materie quali la successione, gli alimenti, l'affidamento o il diritto dei genitori di agire come rappresentanti legali del minore per scopi – ad esempio – sanitari o scolastici.

Attualmente, gli Stati membri hanno legislazioni nazionali diverse in materia di giurisdizione, legge applicabile e riconoscimento nel settore della filiazione, che possono presentare ostacoli giuridici per le famiglie che si trovano in una situazione transnazionale. A volte le famiglie devono avviare procedimenti amministrativi o addirittura giudiziari per ottenere il riconoscimento della filiazione. Tali procedimenti sono gravosi in termini di tempo e, in caso di procedimenti giudiziari, possono risultare anche particolarmente onerosi. Oltre a questo, molto spesso il loro esito resta comunque incerto. La proposta della Commissione, che *in primis* vuole tutelare i diritti fondamentali dei minori, mira anche a garantire la certezza del diritto alle famiglie transnazionali, semplificando le procedure amministrative e riducendo gli oneri legali a loro carico<sup>80</sup>.

Come riscontrabile pure nei già richiamati «Regolamenti Gemelli» sui regimi patrimoniali delle coppie transazionali, la proposta di Regolamento riserva particolare attenzione all'individuazione dell'autorità competente e alla determinazione della legge applicabile<sup>81</sup>. Rispetto all'autorità competente, la proposta individua gli organi giurisdizionali degli Stati membri competenti in materia di filiazione, applicando un criterio di prossimità al minore volto a garantire il «*best interest of the child*»<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> European Commission, «Proposal», cit., Explanatory Memorandum, § 1.

<sup>81</sup> Per una sintetica presentazione dei temi relativi alla competenza ed alla legge applicabile nei «Regolamenti Gemelli», si vedano, rispettivamente: GARETTO, R., «Article 4» e «Article 5», in RUGGERI L. e GARETTO R. (a cura di), *European Family Property Relations. Article-by-Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 73 ss. e BAZZO, E., «Article 20», «Article 21» e «Article 22», in RUGGERI L. e GARETTO R. (a cura di), *op. cit.*, pp. 186 ss.

<sup>82</sup> European Commission, «Proposal», cit., Explanatory Memorandum, § 5: «*[i]n order to ensure that children can access a court that is in their vicinity, jurisdiction grounds are based on their proximity to the child*».

Quanto alla determinazione della legge applicabile, come regola generale, la legge applicabile all'accertamento della filiazione dovrebbe essere quella dello Stato di residenza abituale della persona che ha partorito<sup>83</sup>. Quando l'applicazione di questa regola comporta come conseguenza l'accertamento della filiazione nei confronti di un solo genitore, si stabiliscono opzioni alternative che garantiscano l'accertamento della filiazione nei confronti di entrambi i genitori<sup>84</sup>.

La proposta di Regolamento contiene pure norme sul riconoscimento della filiazione in ambito transnazionale. Si prevede infatti il riconoscimento delle decisioni giudiziarie e dei documenti pubblici che attestano o certificano la filiazione. Come regola generale, la filiazione stabilita in uno Stato membro dovrebbe essere riconosciuta in tutti gli altri Stati membri, senza alcuna procedura speciale.

Infine la proposta di Regolamento prevede la creazione di un certificato di filiazione europeo, in evidente analogia con il certificato successorio europeo<sup>85</sup>, istituito dal Regolamento UE n. 650/2012. In questo caso i figli (o i loro rappresentanti legali) possono richiedere tale certificato allo Stato membro che ha stabilito la filiazione e utilizzarlo successivamente per dimostrare la filiazione in tutti gli altri Stati membri. A questo riguardo, la Commissione propone un modello armonizzato, comune a tutta l'Unione, come già oggi avviene per il certificato successorio europeo<sup>86</sup>. L'uso del certificato sarebbe facoltativo per le famiglie, ma esse avrebbero il diritto di richiederlo e di farlo accettare in tutta l'Unione europea.

Come già riscontrabile in precedenza, sia nel 2012 con il Regolamento UE 650 e sia nel 2016 con i Regolamenti UE 1103 e 1104, questa proposta di Regolamento non ha lo scopo di armonizzare il diritto di famiglia sostanziale, che rimane di competenza degli Stati membri, ma semplicemente di garantire diritti a famiglie – ed in questo caso minori – in contesto transnazionale.

---

<sup>83</sup> *Ibid.*: «[a]s a rule, the law applicable to the establishment of parenthood should be the law of the State of the habitual residence of the person giving birth at the time of birth».

<sup>84</sup> *Ibid.*, laddove si fa esplicito riferimento a «subsidiary alternative rules».

<sup>85</sup> Cfr. PERTOT, T., «Il Certificato successorio europeo», in CAZORLA GONZÁLEZ, M.J. et al. (a cura di), *op. cit.*, pp. 123 ss.

<sup>86</sup> European Commission, «Proposal», cit., Explanatory Memorandum, § 5: «a Certificate is issued always through the same procedure as laid down in the proposal, in a uniform standard form (...), and with the same contents and effects throughout the Union as laid down in the proposal».

## 7. Conclusioni

La proposta di Regolamento della Commissione dovrà compiere un lungo ed insidioso cammino. Occorrerà giungere all'approvazione del Regolamento all'unanimità da parte del Consiglio, previa consultazione del Parlamento europeo. Cinque anni dopo l'entrata in vigore del Regolamento, la Commissione valuterà la sua applicazione da parte degli Stati membri e potrà proporre modifiche.

Nonostante le difficoltà ed i tempi lunghi che sin da ora sono prevedibili, la linea di tendenza in ambito europeo rispetto al tema della filiazione transnazionale pare segnata. Essa si pone in coerenza con la giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla materia: un'attenzione specifica all'interesse del minore (il «*best interest of the child*»), la costante preoccupazione di garantire ai cittadini dell'Unione ed ai loro familiari la libertà di circolazione e di soggiorno in ciascuno degli Stati membri, a prescindere dalle discrasie tassonomiche che spesso incidono su coppie transnazionali, ed infine lo sforzo di assicurare la tutela della «vita familiare» anche laddove entrano in contrasto le disposizioni in materia di famiglia di distinti ordinamenti giuridici.

Permane sullo sfondo – irrisolto – il problema dell'ordine pubblico: la famiglia resta, pure nella proposta di Regolamento della Commissione, materia vincolata all'ordine pubblico nazionale. Solo lo specifico ambito della filiazione nel contesto transnazionale ricade sotto le previsioni del Regolamento, come delineato nella proposta.

Tuttavia anche su questo aspetto è prezioso l'apporto della giurisprudenza della Corte di Giustizia, che sia nel caso *Coman*, sia nel successivo caso *V.M.A.*, afferma che il concetto di ordine pubblico nazionale come giustificazione di una deroga a una libertà fondamentale dei cittadini dell'Unione deve essere interpretato in modo restrittivo. L'«attenuazione» dell'ordine pubblico nazionale di fronte alla varietà tassonomica delle unioni riconosciute in ambito europeo – ed alla conseguente pluralità di modelli familiari – apre una breccia che consente ai cittadini dell'Unione la progressiva affermazione dei propri diritti, nonché della propria dignità, in modo pieno ed effettivo.

## Bibliografía

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «¿Matrimonio entre personas del mismo sexo para toda la UE? A propósito de las conclusiones del Abogado General en el Asunto Coman», in *La Ley Unión Europea*, 2018.

ANIȚEI, N.C., «Decision in Case C-673/16 Relu Adrian Coman and Others/ General Inspectorate for Immigration», in *Jurnalul de Studii Juridice*, 2018.

ARENAS GARCÍA, R., «El reconocimiento de las situaciones familiares en la UE», in CUARTERO RUBIO, M.V. e VELASCO RETAMOSÁ, J.M. (a cura di), *La vida familiar internacional en una Europa compleja. Cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

BAUBOCK, R., *Transnational Citizenship. Membership and Rights in International Migration*, Edward Elgar, Aldershot, 1994.

BAZZO, E., «Article 20», «Article 21» e «Article 22», in RUGGERI L. e GARETTO R. (a cura di), *European Family Property Relations. Article-by-Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021.

BELAVUSAU, U. e KOCHENOV, D., «Same-sex spouses: More free movement, but what about marriage? Coman», in *Common Market Law Review*, 2020.

BELLONI, M.P., *La libera circolazione dei lavoratori e il diritto all'istruzione superiore nella Comunità europea*, CEDAM, Padova, 1995.

BEREZIN M., «Introduction», in ID. e SCHAIN, M. (a cura di), *Europe without Borders: Remapping Territory, Citizenship, and Identity in a Transnational Age*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2004.

BOEKESTEIN, T.L., «Making Do With What We Have: On the Interpretation and Enforcement of the EU's Founding Values», in *German Law Journal*, 2022.

CARBONE, J., *From partners to parents. The second revolution in family law*, Columbia University Press, New York, 2000.

CHIAPPETTA, G., «Cittadinanza europea: opportunità e abusi nel diritto internazionale privato della famiglia», in *Cittadinanza europea*, 2021.

CUYVERS, A., «Free Movement of Persons in the EU», in Ugirashebuja, E. et al. (a cura di), *East African Community Law. Institutional, Substantive and Comparative EU Aspects*, Brill Nijhoff, Leiden, 2017.

DI MASI, M., *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Jovene, Napoli, 2020.

FERACI, O., *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2012.

FERRARI, E., «L'uguale libertà del cittadino europeo: linee di frattura della corrispondente concezione nazionale di uguale libertà», in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007.

FERRY, J.M., «Pertinence du postnational», in *Esprit*, 1991.

FERRY, J.M., «L'Etat européen» in KASTORYANO, R. (a cura di), *Quelle identité pour l'Europe? Le multiculturalisme à l'épreuve*, Presses de Sciences Po, Paris, 1998.

FRIEDERY, R., «Developments in family reunification cases before the CJEU», in *Bratislava Law Review*, 2019.

GARETTO, R., «Opposite-sex registered partnerships and recognition issues», in KRAMBERGER ŠKERL, J. et al. (a cura di), *Case Studies and Best Practices Analysis to Enhance EU Family and Succession Law. Working Paper*, Università di Camerino, Camerino, 2019.

GARETTO, R., «Social Perspective Related to Family Formations in the European Union», in ID. (a cura di), *Report on Collecting Data. Methodological and Taxonomical Analysis*, IgiTo, Torino, 2019

GARETTO, R., «The impact of multicultural issues on the notion of "family member"», in *Zbornik znanstvenih razprav*, 2019.

GARETTO, R., «Varietà tassonomica delle unioni registrate nell'Unione europea», in CAZORLA GONZÁLEZ, M.J. et al. (a cura di), *Regimi patrimoniali delle coppie transnazionali nell'Unione europea*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020.

GARETTO, R., «Article 4» e «Article 5», in RUGGERI L. e GARETTO R. (a cura di), *European Family Property Relations. Article-by-Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021.

GARETTO, R., «Different Approaches to Marriage Downgrading: from an Anti-Elusive Measure to an Anti-Discriminatory Claim», in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2021.

GARETTO, R., «Una nuova tassonomia per i nuclei familiari? Prospettive e problemi nella nuova regolamentazione UE in Italia e in Europa», in RIVA, I. (a cura di), *Famiglie transfrontaliere: regimi patrimoniali e successori. Casi di studio. Atti del Convegno di Torino, 8 novembre 2019*, Università degli Studi di Torino, Torino, 2021.

GOÑI URRIZA, N., «El ámbito de aplicación de las libertades europeas que afectan al Derecho de familia y las relaciones entre el orden público de la UE y el de los Estados miembros», in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2021.

HARTLEY, T., «Constitutional and Institutional Aspects of the Maastricht Agreement», in *International & Comparative Law Quarterly*, 1993.

JIMÉNEZ BLANCO, P., «Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado. Cross-border mobility of persons, family life and private international law», in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2018.

KASTORYANO, R., «Citizenship, Nationhood and Non-Territoriality», in *Political Science and Politics*, 2005.

KOCHENOV, D.V. e BELAVUSAU, U., «After the celebration: Marriage equality in EU Law post-Coman in eight questions and some further thoughts», in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2020.

KROEZE, H., «EU citizenship and family reunification: the evolving concept of a European Union territory», in KOSTAKOPOULOU, D. e THYM, D. (a cura di), *Research Handbook on European Union Citizenship Law and Policy: Navigating Challenges and Crisis*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2022.

KRZYSZTOFIK, E., «Gloss to the Judgement of the Court of Justice of the European Union in Case C 673/16 Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton v. Inspectoratul General pentru Imigrari (Romania)», in *Przegląd Prawa Konstytucyjnego*, 2018.

LENTI, L., «Note critiche in tema di interesse del minore», in *Rivista di diritto civile*, 2016.

LIMA, D., «Registered Partnerships in Greece and Cyprus», in SCHERPE, J.M. e HAYWARD, A. (a cura di), *The Future of Registered Partnerships. Family Recognition Beyond Marriage?*, Intersentia, Cambridge, 2017.

MARELLA, M.R. e MARINI, G., *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia. Le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2014.

MARINAI, S., «Recognition in Italy of Same-sex Marriages Celebrated Abroad: the Importance of a Bottom-up Approach», in *European Journal of Legal Studies*, 2016.

MARSHALL, T.H., *Cittadinanza e classe sociale*, Laterza, Roma-Bari, 2002.

NÍ SHÚILLEABHÁIN, M., «Private International Law Implications of 'Equal Civil Partnerships'», in *International & Comparative Law Quarterly*, 2019.

NOTO LA DIEGA, G., «The European approach to recognising, downgrading, and erasing same-sex marriage celebrated abroad», in HAMILTON, F. e NOTO LA DIEGA, G. (a cura di), *Same-Sex Relationships, Law and Social Change*, Routledge, Oxon-New York, 2020.

PERLINGIERI, G. e ZARRA, G., *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019.

PERTOT, T., «Il Certificato successorio europeo», in CAZORLA GONZÁLEZ, M.J. et al. (a cura di), *Regimi patrimoniali delle coppie transnazionali nell'Unione europea*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020.

RIJPM, J.J., «You Gotta Let Love Move ECJ 5 June 2018, Case C-673/16, *Coman, Hamilton, Accept v Inspectoratul General pentru Imigrări*», in *European Constitutional Law Review*, 2019.

ROTHBLUM, E.D., «Same-Sex Marriage and Legalized Relationships: I Do, or Do I?», in *Journal of GLBT Family Studies*, 2005.

RUGGERI, L., «Introduzione», in CAZORLA GONZÁLEZ, M.J. et al. (a cura di), *Regimi patrimoniali delle coppie transnazionali nell'Unione europea*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020.

SCHERPE, J.M., «The Past, Present and Future of Registered Partnerships», in ID. e HAYWARD, A. (a cura di), *The Future of Registered Partnerships. Family Recognition Beyond Marriage?*, Intersentia, Cambridge, 2017.

SCHERPE, J.M., «Formal recognition of adult relationships and legal gender in a comparative perspective?», in ASHFORD C. e A. MAINE, A. (a cura di), *Research Handbook on Gender, Sexuality and the Law*, Edward Elgar, Northampton, 2020.

SOYSAL, Y.N., *Limits of Citizenship*, 3ª ed., University of Chicago Press, Chicago, 2007.

STAMATOPOULOS, A., «C.J.U.E. (GC), 14 Dicembre 2021, V.M.A. contre Stolichna Obshtina, Rayon "Pancharevo", C-490/20, ECLI:EU:C:2021:296. La reconnaissance des actes de naissance mentionnant comme parents deux personnes de même sexe dans



l'Union européenne: analyse à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice», in *Cahiers de l'EDEM - UCLouvain*, 2022.

THIENPONT, D., «L'arrêt SM et le quasi-droit au séjour des enfants recueillis par kafala: un pas supplémentaire vers la protection de la pluralité des familles dans l'espace européen», in *Revue trimestrielle de droit familial*, 2021.

THIENPONT, D. e WILLEMS, G., «Le droit à la libre circulation des familles homoparentales consacré par la Cour de justice de l'Union européenne (obs. sous C.J.U.E., Gde Ch., arrêt V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon "Pancharevo", 14 décembre 2021, aff. C-490/20)», in *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 2022.

TRYFONIDOU, A., «The ECJ recognises the right of same-sex spouses to move freely between EU Member States: the *Coman* ruling», in *European Law Review*, 2019.

TRYFONIDOU, A., «The EU Top Court Rules that Married Same-Sex Couples Can Move Freely Between EU Member States as "Spouses": Case C-673/16, Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Asociația Accept v Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor Interne», in *Feminist Legal Studies*, 2019.

VINK, M. e BAUBOCK, R., «Citizenship Configurations: Analysing the Multiple Purposes of Citizenship Regimes in Europe», in *Comparative European Politics*, 2013.

VIVALDI, E. e BIONDI DAL MONTE, F., «La libertà di circolazione e soggiorno delle persone nell'Unione europea: apertura dei sistemi di welfare e ravvicinamento delle legislazioni», in ROSSI, E. e CASAMASSIMA, V. (a cura di), *La politica sociale europea tra armonizzazione normativa e nuova governance. L'impatto sull'ordinamento italiano*, Pisa University Press, Pisa, 2013.

WAALDIJK, K., «What First, What Later? Patterns in the Legal Recognition of Same-Sex Partners in European Countries», in DIGOIX, M. (a cura di), *Same-Sex Families and Legal Recognition in Europe*, Springer, Cham, 2020.

WEILER, J.H.H., «European democracy and its critics: polity and system», e «To be a European citizen: Eros and civilization», in: ID. (a cura di), *The Constitution of Europe: Do the New Clothes have an Emperor?*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

WINKLER, S., «Diritto al nome e libera circolazione delle persone», in *Papers di diritto europeo. Università degli Studi di Verona*, 2020.



# A proposito di una recente proposta di uniformazione europea per il riconoscimento della genitorialità

*Federico Ruggeri*

**ABSTRACT:** Il contributo propone una descrizione del contenuto della recente proposta di regolamento europeo sul riconoscimento della genitorialità, diretto all'introduzione nel diritto europeo di famiglia di nuove regole quanto alla legge applicabile, alla giurisdizione e al riconoscimento dello *status filiationis* tra gli Stati membri, oltre che di un Certificato Europeo di Genitorialità. In chiusura, una breve riflessione sugli effetti che tale disciplina potrebbe avere nell'ordinamento italiano rispetto all'attuale determinazione dell'ordine pubblico internazionale.

**SOMMARIO:** 1. Il contesto della proposta. – 2. Le regole sulla giurisdizione. – 3. La legge applicabile e il riferimento all'ordine pubblico. – 4. Il riconoscimento della genitorialità. – 5. Il Certificato Europeo di Genitorialità. – 6. Prime considerazioni a margine.

## **1. Il contesto della proposta**

Tra i riflessi piú immediatamente riconoscibili dell'esercizio della libertà di movimento, espressione esemplare della portata del processo di integrazione europea avviato ormai oltre mezzo secolo fa, è la costituzione di situazioni giuridicamente rilevanti che presentano carattere transnazionale. Della loro regolazione si fa carico l'art. 81 TFUE, dedicato alla cooperazione giudiziaria in materia civile, che fonda pertanto la base giuridica dell'intervento comunitario nelle materie e per le misure ivi indicate. Ne interessano, nell'ambito di

questo discorso, le sole disposizioni del terzo paragrafo, unica sede, nel contesto normativo definito dai Trattati, di un riferimento al diritto di famiglia.

Le dinamiche della vita familiare ben si prestano in effetti a coinvolgere al contempo e le persone e le amministrazioni di piú Stati membri: si pensi alle relazioni affettive tra soggetti di diversa nazionalità, alla circolazione transfrontaliera per ragioni di viaggio o di lavoro oppure alle proprietà acquistate in un altro Stato. Di tutto ciò si dimostra consapevole il legislatore europeo, che, specie negli ultimi anni, ha manifestato una certa attenzione, invero non anomala, ma evidentemente poco usuale per quanto di sua competenza *ex art. 4, par. 2, lett. j)*, TFUE, alla materia del diritto di famiglia e, in particolare, alla disciplina dei rapporti di filiazione.

La proposta di regolamento COM(2022) 695 *final*<sup>1</sup>, presentata il 7 dicembre 2022, e che rappresenta la piú recente iniziativa legislativa della Commissione europea in materia, si spiega in questo senso nel proposito di rafforzare la protezione dei diritti fondamentali dei minori che vivono in ambienti familiari transfrontalieri: nel dettaglio, il diritto all'identità personale, alla non discriminazione, alla vita privata, alla vita familiare, al mantenimento e all'eredità, da tutelare con la lente del *best interest of the child* perché diritti universali. Per il concreto rischio che tali diritti, quando riconosciuti dai legislatori nazionali, non venissero tutelati in modo effettivo ed uniforme in tutta l'Unione si è infatti avvertita la convinta esigenza di una loro maggiore e rinnovata considerazione<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood. Si precisa che, nel momento in cui si scrive, la proposta di regolamento è stata pubblicata solamente in lingua inglese.

<sup>2</sup> Almeno con riferimento ai diritti di derivazione comunitaria attribuiti ai figli, ciascuno Stato membro è infatti già tenuto in via generale a non negare la genitorialità già riconosciuta da un altro. Un esempio concreto di ciò si individua nella citata libertà di movimento, e specialmente nella direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, da cui discendono il diritto alla parità di trattamento e il divieto agli ostacoli all'esercizio della libertà, come rispetto al riconoscimento del nome o al diritto all'educazione, all'accesso alle borse di studio, alle riduzioni per gli studenti sui mezzi di trasporto o per l'ingresso nei musei (sul

Il punto di partenza di tale progetto normativo è piuttosto articolato, trovando fondamento nell'implementazione di due diverse ma parzialmente sovrapponibili strategie europee: sui diritti dei minori<sup>3</sup> e sull'uguaglianza LGBTIQ<sup>4</sup>. Da un lato, risponde infatti all'esigenza di evitare che una famiglia sia costretta ad avviare lunghi e costosi, oltre che rischiosi nell'esito, procedimenti giudiziari per il riconoscimento in un certo Stato di un rapporto di genitorialità, necessario ad esempio perché chi è già considerato genitore in uno Stato possa agire nella sua qualità di legale rappresentante di un minore in un altro. Dall'altro, in una prospettiva probabilmente più ampia e complessa, riconosce espressamente l'esistenza di una pluralità di modelli familiari, e tra questi le famiglie c.d. arcobaleno, a ciascuno dei quali vuole assicurare l'applicazione della legislazione europea in materia di diritto (transfrontaliero europeo) di famiglia<sup>5</sup>.

Il punto di arrivo è chiaro: “[c]hi è genitore in un paese, è genitore in tutti i paesi”<sup>6</sup>.

---

punto, CGUE, Grande Sezione, sentenza del 14 ottobre 2008, causa C-353/06, *Grunkin e Paul*, ECLI:EU:C:2008:559; CGUE, sentenza del 4 ottobre 2012, causa C-75/11, *Commissione europea c. Repubblica d'Austria*, ECLI:EU:C:2012:605; CGUE, sentenza dell'8 giugno 2017, causa C-541/15, *Freitag*, ECLI:EU:C:2017:432; più risalenti, Corte, sentenza del 3 luglio 1974, causa 9-74, *Casagrande c. Landeshauptstadt München*, ECLI:EU:C:1974:74; Corte, sentenza del 27 settembre 1988, causa 235/87, *Matteucci c. Communauté française de Belgique et al.*, ECLI:EU:C:1988:460).

- <sup>3</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni. Strategia dell'UE sui diritti dei minori (COM(2021) 142 *final*).
- <sup>4</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni. Unione dell'uguaglianza: strategia per l'uguaglianza LGBTIQ 2020-2025 (COM(2020) 698 *final*).
- <sup>5</sup> La Commissione recepisce così l'estensione operata da parte di CGUE, Grande Sezione, sentenza del 5 giugno 2018, causa C-673/16, *Coman*, ECLI:EU:C:2018:3851, in virtù della quale il termine “coniuge” utilizzato dalla direttiva sulla libera circolazione include anche quello dello stesso sesso.
- <sup>6</sup> Discorso sullo stato dell'Unione 2020, p. 25.

## 2. Le regole sulla giurisdizione

L'introduzione di una disciplina comunitaria rivolta a quei rapporti di famiglia che, per i motivi piú vari, si instaurano in una dimensione transnazionale di interesse per piú di uno Stato membro considera innanzitutto, ragionevolmente, la fissazione di talune regole per individuare la giurisdizione nel caso in cui occorra determinare o riconoscere un certo vincolo genitoriale.

Il capitolo secondo della proposta concerne quindi tali aspetti, imponendo in prima battuta l'applicazione del criterio di prossimità, in forza del quale occorre rivolgersi allo Stato di residenza abituale del figlio<sup>7</sup>. In alternativa, come segue: a quello di cui è cittadino ovvero in cui è nato; a quello di cui è cittadino ovvero risiede abitualmente uno dei genitori; a quello di residenza abituale del convenuto, ad esempio colui rispetto al quale il figlio richiede che venga dichiarato il rapporto di filiazione. Quando nessuno di questi criteri può essere utilizzato, in particolare con riferimento ai minori provenienti da paesi terzi, si guarda al luogo di presenza fisica del figlio al momento dell'apertura del procedimento. In via residuale, secondo quanto previsto dalla legge nazionale di tale ultimo Stato; e se tanto non basta a riconoscere la giurisdizione nel territorio dell'Unione europea, quando è ragionevole presumere che in nessuno Stato terzo la procedura verrà

---

<sup>7</sup> Per consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia (si veda già CGUE, sentenza del 2 aprile 2009, causa C-523/07, *A*, ECLI:EU:C:2009:225), quando il figlio è un minore il luogo di residenza abituale viene individuato in base alle circostanze del caso concreto, dovendosi considerare la presenza fisica della persona in un certo posto insieme ad ogni altro elemento – durata, condizioni, regolarità, ragioni – da cui emerge che questa non sia meramente temporanea e che il soggetto si sia integrato, a maggior ragione se con la propria famiglia, nel relativo contesto di comunità. Così, CGUE, sentenza del 28 giugno 2018, C-512/17, *HR*, ECLI:EU:C:2018:513, afferma che “la residenza abituale del minore [...] corrisponde al luogo in cui si trova di fatto il centro della sua vita”, per cui si possono in particolare considerare “il luogo e le condizioni della frequenza scolastica [...] nonché le relazioni familiari e sociali del minore”, mentre nel caso di un neonato coincide necessariamente con le persone con cui vive, “dalle quali è effettivamente accudito e che si prendono cura di lui quotidianamente – di regola, i genitori”. Cfr. anche, tra le piú recenti, CGUE, sentenza del 25 novembre 2021, causa C-289/20, *IB c. FA*, ECLI:EU:C:2021:955; CGUE, sentenza del 14 luglio 2022, C-572/21, *CC c. VO*, ECLI:EU:C:2022:562.

avviata o proseguita, in via eccezionale si ammette che la decisione possa spettare al giudice dello Stato membro piú strettamente collegato alla situazione del caso concreto.

Per le ipotesi di litispendenza presso corti di diversi Stati membri, è prevista dall'art. 14 la sospensione d'ufficio di tutti i procedimenti successivi a quello instaurato per primo<sup>8</sup>, nella cui sede occorre pronunciarsi sulla giurisdizione: se il giudice previamente adito la attribuisce a sé, qualsiasi giudice successivo è chiamato ad adeguarsi.

### **3. La legge applicabile e il riferimento all'ordine pubblico**

La proposta di regolamento prosegue, agli artt. 16 ss., fissando regole condivise per la scelta della legge, eventualmente anche di uno Stato terzo, da applicare per la determinazione della genitorialità nei contesti di carattere transnazionale, e quindi rispetto ai procedimenti di riconoscimento o contestazione di uno *status filiationis*; nonché agli effetti degli atti pubblici; alla legittimazione ad agire; ai termini di ciascuna azione.

Il parametro di riferimento è nuovamente quello della residenza abituale, in questo caso di chi abbia dato alla luce il bambino, al momento della sua nascita: la logica è quella di avere, almeno per la maggioranza dei casi, una regola cui sia facile ed immediato ricorrere sia quando, piú comunemente, il parto avvenga nello stesso Stato della residenza abituale, sia quando la gravidanza si concluda in un altro Stato. In questo senso, si comprende perché l'eventualità di una modifica della residenza o addirittura della nazionalità in un tempo successivo alla nascita non incide in alcun modo sulla costituzione già accertata di un certo rapporto di filiazione. Di contro, quando tale luogo risulti impossibile da individuare – la proposta riporta l'esempio del genitore rifugiato o sfollato – trova spazio la legge dello Stato di nascita del bambino.

---

<sup>8</sup> Per distinguere il momento iniziale di ciascun procedimento, il *considerando 48* puntualizza come “[i]n the light of the two different systems existing in the Member States, [...] it should be sufficient for the first step under national law to have been taken”.

Laddove l'applicazione di tali criteri consenta di stabilire lo *status* di figlio rispetto a uno soltanto dei genitori, emerge la necessità di definire il rapporto con l'altro. Per questa ipotesi, a ben vedere prevista in quanto eccezionale, una soluzione di comoda individuazione si riscontra nella possibilità di rivolgersi alternativamente alla legge dello Stato di uno ovvero dell'altro genitore o, ancora, di quello in cui il figlio è nato (art. 17, par. 2).

Rischia tuttavia di porsi un problema, un contrasto tutt'altro che improbabile tra la legge di uno Stato e l'ordine pubblico di un altro. Può infatti accadere, e il legislatore europeo ne appare pienamente consapevole, tanto da tenerne conto già all'art. 22 della proposta, che i criteri di individuazione della legge applicabile conducano a un esito in concreto non attuabile. In caso di manifesta incompatibilità con l'ordinamento del luogo in cui deve trovare attuazione, e solo in questo caso, da considerarsi quale eccezione alla regola, l'applicazione della legge nel caso concreto può ("may") dunque essere negata. D'altra parte, però, con la disposizione di cui al secondo paragrafo della norma in questione viene richiesta una vera e propria valutazione di compatibilità da condurre a livello interno, e a nulla rileva che a farla sia un giudice ovvero un'altra autorità competente, imponendosi ("shall") l'osservanza dei diritti fondamentali e dei principi riconosciuti dalla Carta di Nizza, in particolare rispetto al principio di non discriminazione di cui all'art. 21: la sua violazione si pone in questo senso quale limite insuperabile anche nel controllo, tipicamente nella piena discrezionalità dello Stato in cui viene effettuata, di conformità all'ordine pubblico.

Da ultimo, un riferimento importante agli ordinamenti in cui convivono una pluralità di sistemi normativi in materia di diritto di famiglia. Rispetto a tali contesti, l'art. 23 provvede a precisare che la soluzione dell'eventuale conflitto tra le norme da applicare dovrà seguire, di regola, i criteri stabiliti a livello interno dagli stessi Stati. In caso contrario, laddove manchino dei parametri di individuazione della disciplina del caso concreto, la proposta di regolamento richiede di applicare la legge vigente nell'unità territoriale di residenza della partoriente ovvero di nascita del figlio.



#### 4. Il riconoscimento della genitorialità

Per il diritto internazionale, comunitario e degli Stati membri, a tutti i minori, senza che possa ammettersi alcuna discriminazione, sono riconosciuti i medesimi diritti. Ne discende, dal punto di vista della Commissione, che la nuova disciplina proposta debba rivolgersi a ciascun minore del cui stato di figlio occorra accertarsi, indipendentemente tanto dalle modalità in cui sia stato concepito o sia nato, quanto dalla conformazione della famiglia di cui è parte. Con il limite, evidentemente, che non si tratti di questioni che non presentano elementi di interesse per il legislatore europeo, in particolare quando si tratti del riconoscimento o dell'accettazione di documenti che dimostrano l'esistenza di un rapporto di filiazione ma prodotti in uno Stato terzo, nel cui caso continua certamente a trovare applicazione il diritto nazionale.

La decisione da parte di un giudice di uno Stato membro sull'attribuzione della filiazione deve pertanto essere accolta, di regola, in ogni altro paese dell'Unione, senza la necessità di avviare particolari procedure allo scopo, in particolar modo qualora ciò avvenga nell'ambito di una richiesta di modifica di uno stato nel registro dello stato civile.

Il riconoscimento del disposto in uno Stato diverso da quello della sua pronuncia non avviene però in modo automatico. A tal fine conviene infatti che l'interessato disponga di una copia della decisione, eventualmente tradotta nella lingua dello Stato membro in cui viene invocata, che soddisfi le condizioni necessarie a determinarne l'autenticità; nonché di una attestazione rilasciata su richiesta di parte dalla stessa corte della decisione, la quale utilizza allo scopo un apposito modello allegato alla proposta<sup>9</sup>, ritenuta funzionale a una più

---

<sup>9</sup> L'Allegato I compone il modello in questione, che deve essere compilato nella stessa lingua in cui è redatta la decisione ovvero in qualunque altra lingua ufficiale dell'Unione europea indicata dal richiedente. L'attestazione contiene innanzitutto la seguente dicitura in intestazione: "[t]his attestation does not affect the rights that a child derives from Union law. For the exercise of such rights, proof of the parent-child relationship can be presented by any means", dalla quale si evince la premura della Commissione a rimarcare i confini della propria sfera di competenza nella materia del diritto di famiglia, per un verso, esaltando l'elasticità dell'esercizio dei diritti di derivazione comunitaria, per l'altro, nell'ottica di non manifestare al

diretta accessibilità ai documenti provenienti da un'autorità straniera. In alternativa, ma soltanto quando sia consentito dall'autorità competente di fronte alla quale il provvedimento straniero è invocato, più verosimilmente un Tribunale, è possibile limitarsi alla presentazione di documenti equivalenti o, addirittura, esserne dispensati del tutto.

È peraltro previsto *ex art. 31* che il riconoscimento della decisione giudiziale in oggetto venga ("shall") negato dall'autorità dello Stato in cui se ne richiede l'utilizzo. Nel dettaglio: se tanto risulta manifestamente in contrasto con l'ordine pubblico di tale ultimo Stato<sup>10</sup>, tenendo conto dell'interesse del figlio nel caso concreto, e in particolare dell'importanza di preservare quanto più possibile l'unità familiare, nonché sulla scorta dei diritti fondamentali e dei principi espressi nella Carta di Nizza, ancora una volta con uno specifico riferimento all'art. 21; qualora si riscontri che il relativo procedimento si fosse instaurato in difetto di contraddittorio, specie per mancata notifica degli atti introduttivi dello stesso; in forza dell'intervento di un terzo che reclaims a sua volta di essere genitore del figlio interessato dal provvedimento e di non essere stato ascoltato dal giudice che lo ha emesso; se si pone in insuperabile contrasto con una decisione successiva, avente ad oggetto il medesimo rapporto di filiazione-genitorialità, pronunciata da una corte dello Stato in cui il provvedimento è invocato ovvero da una corte di un altro Stato, la quale, a differenza della prima, soddisfi tutti i requisiti affinché ne venga data efficacia in quello in cui è invocata.

---

Consiglio una qualsiasi intenzione di eccedere nelle attribuzioni che i Trattati riservano agli Stati membri. Quanto ai contenuti, il modello di documento richiede l'inserimento di una serie di informazioni, invero di semplice reperibilità, concernenti i riferimenti tanto della corte decidente quanto del provvedimento emesso, oltre che le generalità del minore e di ciascuno dei genitori.

<sup>10</sup> In ciò la Commissione riduce il margine di discrezionalità degli Stati membri nella definizione del proprio ordine pubblico in misura maggiore rispetto a quanto già strettamente connesso al dovere di non impedire l'esercizio dei diritti di diretta derivazione comunitaria, in quanto precisa che vi si deve fare ricorso soltanto in via eccezionale e detta una serie di situazioni tipo rispetto alle quali non si ammette la possibilità che il riconoscimento venga negato per una pretesa violazione dello stesso ordine pubblico. In particolare, rispetto all'ipotesi in cui un rapporto di genitorialità trovi fondamento nell'adozione da parte di un uomo singolo ovvero nella filiazione di una coppia omosessuale.

L'individuazione di un elenco tassativo di motivi in cui il riconoscimento viene negato si spiega nell'ottica di valorizzare quanto piú possibile il principio di *mutual trust* su cui poggiano i rapporti tra gli Stati membri, anche sotto questo profilo, da cui l'indicazione esplicitata al *considerando* 62 di ridurre al minimo i motivi per cui la negazione è ammessa cercando così di realizzare quanto il regolamento si propone: facilitare il riconoscimento della genitorialità e, di riflesso, tutelare i diritti dei figli delle situazioni familiari transnazionali.

A seguire, il terzo paragrafo della norma in questione attribuisce facoltà ("may") di rifiuto del riconoscimento per il caso in cui un minore, pur capace di discernimento, non sia stato ascoltato nel corso del procedimento per come previsto dalle pertinenti disposizioni nazionali di diritto sia sostanziale che processuale, salvo che fosse contrario al suo preminente interesse. L'eventuale rifiuto di riconoscimento può in ogni caso essere contestato di fronte all'autorità che verrà a tal fine indicata da parte degli Stati, e dunque, verosimilmente, in sede di appello.

Tali previsioni trovano totale applicazione anche rispetto agli atti pubblici riconducibili alla categoria degli "authentic instruments with binding legal effect", redatti o registrati nel paese avente giurisdizione, tra i quali vengono indicati a titolo di esempio gli atti notarili e i provvedimenti amministrativi che dispongono dello stato di figlio. Si riscontra tuttavia una significativa differenza nell'obbligatorietà, ai fini dell'efficacia dell'atto in un altro Stato membro, della produzione dell'attestazione *ex art. 37*, su richiesta di parte rivolta all'autorità a cui ciascun paese attribuirà la corrispondente competenza<sup>11</sup>.

Diverso invece il regime degli strumenti autentici che non hanno effetto legale vincolante (artt. 44-45), pur fornendo prova di uno *status*, come il registro dello stato civile o un certificato di nascita, e presentando un contenuto meramente dichiarativo. Qualunque sia il loro effetto nello Stato in cui sono stati redatti o registrati, lo stesso o quello ad esso piú facilmente assimilabile verrà prodotto anche nello Stato in cui se ne intende fare utilizzo presentando la relativa

---

<sup>11</sup> Così, art. 37, par. 5. Per il resto, l'attestazione di un atto pubblico "with binding legal effect" svolge la medesima funzione già evidenziata rispetto a quella che accompagna la decisione della corte straniera, seguendo in questo caso il modello di cui all'Allegato II, dal contenuto invero quasi del tutto sovrapponibile al precedente.

attestazione<sup>12</sup>, a meno che non si riscontri un fattore di contrasto con l'ordine pubblico. Qualsiasi contestazione circa l'autenticità di un atto di questo genere, da valutare come indicato al *considerando 70* alla luce di fattori relativi ai poteri dell'autorità che lo ha emesso ovvero alla procedura seguita, o ancora agli elementi di fatto in esso riportati, andrebbe rivolta ad una corte dello Stato ove lo stesso è stato prodotto, fermo restando che non può avere alcun effetto fin tanto che il relativo procedimento rimanga pendente.

## 5. Il Certificato Europeo di Genitorialità

La Commissione propone infine agli artt. 46 ss. l'introduzione di un Certificato Europeo di Genitorialità (CEG), idoneo a produrre effetti in tutti gli Stati membri senza dover seguire alcun tipo di procedura *ad hoc*. Lo scopo che si intende realizzare è subito chiaro: disporre di uno strumento funzionale a garantire la rapidità, la regolarità e l'efficienza di ciascuna procedura di attribuzione della genitorialità, indipendentemente dal luogo in cui se ne faccia richiesta. Più precisamente, stabilendo una presunzione (relativa) circa l'esistenza, sulla base della legge applicabile nello Stato in cui è stato realizzato, di un rapporto di filiazione tra un certo individuo e almeno uno dei suoi genitori.

Il Certificato potrà pertanto costituire un documento comune valido per la registrazione del relativo *status* nei registri di ogni Stato membro, sebbene non si intenda con ciò determinare nuovi requisiti ovvero nuovi effetti concernenti il riconoscimento della genitorialità per come disciplinato dal diritto nazionale (art. 53, par. 3); né imporre l'utilizzo in sostituzione ai documenti che, a livello strettamente interno, già producono i medesimi effetti, nel rispetto del principio di sussidiarietà. In questo senso, verrà rilasciato, su richiesta del figlio o

---

<sup>12</sup> In effetti, non è chiaro se l'attestazione sia realmente necessaria per l'utilizzo dell'atto "with no binding legal effect", in quanto al par. 3 dell'art. 45 si prevede che l'interessato la può ("may") richiedere alla stessa autorità che ha redatto o registrato l'atto pubblico in questione. D'altra parte, sembra, alla luce del contenuto indicato nel relativo modello di documento di cui all'Allegato III, che la sua produzione sia decisamente funzionale allo scopo di vederne prodotto il relativo effetto.

di un suo rappresentante legale<sup>13</sup>, dall'autorità nazionale dello Stato in cui la genitorialità è stata legittimamente accertata e le cui corti hanno giurisdizione per come disciplinato sempre da questa proposta. Quale sia l'autorità competente per lo svolgimento di tale funzione sarà oggetto di indicazione alla Commissione da parte di tutti gli Stati membri, ai quali è chiesto di individuarla necessariamente tra i propri organi giurisdizionali ovvero tra quanti, nel proprio ordinamento, siano in senso ampio preposti all'amministrazione di questioni inerenti i rapporti di genitorialità.

Il contenuto del Certificato, che deve essere emesso senza ritardo appena sia completato l'esame della domanda *ex art. 50*, è in questo caso definito dall'Allegato V, nel quale rilevano le generalità del figlio e dei genitori, la legge applicabile a ciascuno di questi ultimi e i riferimenti all'autorità nazionale competente. L'esito positivo della procedura prevede la redazione di un originale, che resta necessariamente nella disponibilità di quest'ultima, e il rilascio al richiedente soltanto di una copia. Altrimenti, qualora tali elementi risultino in tutto o in parte controversi ovvero contrari a una decisione giudiziale che ne tratta, il rilascio del CEG deve essere negato. È fatta salva dall'art. 56 la possibilità di ricorrere in sede giurisdizionale contro tale eventuale decisione e, nel caso in cui emerga che il relativo rifiuto fosse invero ingiustificato, lo stesso giudice può decidere se provvedere da sé nella redazione del Certificato oppure rimettere la questione all'autorità competente perché riesamini prontamente la questione.

Peraltro, a richiesta di chiunque dimostri di averne legittimo interesse ovvero d'ufficio da parte della stessa autorità emittente, il Certificato può essere modificato o ritirato oppure, se presenta un errore materiale, rettificato. In ciascuna di queste ipotesi, immediata comunicazione deve essere trasmessa a chiunque ne avesse ricevuto

---

<sup>13</sup> Per presentare la richiesta è suggerito dall'art. 49, par. 2, nell'ottica di non trascurare alcuna delle informazioni necessarie alla compilazione del CEG, l'utilizzo del modello di cui all'Allegato IV. L'esempio di domanda contiene infatti la lista completa delle generalità che occorre fornire in questa sede, comprensibilmente riguardanti il figlio, ciascuno dei genitori, l'autorità che ha registrato lo *status*, qualsiasi atto pubblico che vi faccia riferimento, da produrre in originale o in copia conforme. Occorre infine dichiarare che, per quanto a conoscenza del richiedente al momento della domanda, non sia pendente alcun giudizio in ordine agli elementi oggetto della certificazione.

una copia, in ciò spiegandosi il motivo per cui i nominativi di coloro che ne richiedano una devono essere all'uopo iscritti su un apposito elenco. Lo stesso avviene laddove gli effetti del Certificato siano sospesi *ex art. 57* su decisione dell'autorità emittente ovvero del giudice, per un periodo durante il quale non è peraltro ammesso, comprensibilmente, che vengano rilasciate ulteriori copie. Anche tali decisioni sono eventualmente ricorribili di fronte al giudice dello Stato dell'autorità che le ha prese.

## 6. Prime considerazioni a margine

L'attribuzione dello *status filiationis* è tipicamente l'effetto di una dichiarazione di nascita ovvero giudiziale, cui segue l'iscrizione nel registro dello stato civile. Gli Stati membri presentano nel complesso procedure piuttosto simili, tuttavia, pur nel progressivo avanzamento del processo di integrazione europea, il raccordo tra i rispettivi apparati statali, ivi incluso quello giurisdizionale, risultava ancora eccessivamente incerto e discrezionale. Da cui, di riflesso, una concreta difficoltà di applicazione della normativa comunitaria che già disciplinava il diritto (transnazionale) di famiglia<sup>14</sup>, nella misura in cui la questione circa la sussistenza di un rapporto di filiazione risultava preliminare al funzionamento delle regole in materia di mantenimento o di responsabilità genitoriale.

Mancava in sostanza un tassello utile a completare il quadro della legislazione comune, da un lato, e a facilitarne l'applicazione complessiva, dall'altro<sup>15</sup>. Ma anche, se non soprattutto, a garantire una

---

<sup>14</sup> In particolare, il reg. UE n. 1259/2010 in materia di legge applicabile al divorzio e alla separazione personale; il reg. UE n. 1103/2016 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi; il reg. UE n. 1191/2016 sui requisiti per la presentazione di documenti pubblici nell'Unione europea; il reg. UE n. 1111/2019 sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale.

<sup>15</sup> Si segnala la giurisprudenza evolutiva in materia di riconoscimento della Corte di giustizia, che, come spiegato da MARCHIORO, L., «Quali prospettive per il legislatore europeo dopo *Coman e Pancharevo?*», *Quaderni AISDUE*, 2023, pp. 1 ss., ha costituito

maggiore tutela dei diritti fondamentali, in particolare permettendo un piú efficace esercizio della libertà di movimento ed accesso alla giustizia nell'Unione europea, e a riconoscere in modo nitido e definitivo il pluralismo dei modelli familiari.

Le nuove regole per il riconoscimento dei rapporti di genitorialità-filiazione troveranno infatti applicazione a prescindere dalle modalità di concepimento del figlio, ivi incluse, dunque, le tecniche di procreazione medicalmente assistita come quelle di gestazione per sostituzione, e dalla formazione familiare coinvolta, che sia composta da genitori di sesso diverso ovvero dello stesso, da un unico genitore o, ancóra, da uno o due genitori adottivi<sup>16</sup>.

In questo senso, la Commissione si è in effetti assunta la responsabilità politica di sancire a livello comunitario la pari dignità dei legami e delle figure genitoriali: come descritto chiaramente nel *considerando 24*, “parenthood, also referred to as filiation, may be biologic, genetic, by adoption or by operation of law” e “[t]he term ‘parent’ [...] should be understood, as applicable, as referring to the legal parent, the intended parent, the person who claims to be a parent or the person in respect of whom the child claims parenthood”.

---

un fondamentale presupposto per sollecitare l'intervento del legislatore europeo.

<sup>16</sup> La dottrina civilistica italiana si mostra da tempo particolarmente sensibile all'opportunità di riconoscere un vero e proprio pluralismo delle famiglie. Così, PERLINGIERI, P., «I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare», *Rass. dir. civ.*, 1982, pp. 72 ss., già si esprimeva nella prospettiva di considerare anche la famiglia non fondata sul matrimonio come meritevole di tutela, in quanto di per sé funzionale allo sviluppo della personalità e della dignità umana dei suoi componenti. Rispetto alla famiglia, anche adottiva, quale formazione sociale, RESCIGNO, P., «La comunità familiare come formazione sociale», in ID., *Matrimonio e famiglia*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 348 ss. Ancóra, piú recentemente, BARBA, V., «Tecniche procreative, genitorialità e interesse del minore», in CORDIANO, A., SENIGAGLIA, R. (a cura di), *Diritto civile minorile*, ESI, Napoli, 2022, p. 125, riporta il generale “passaggio da un modello esclusivo e singolare, unicamente centrato sull'idea borghese di famiglia matrimoniale ed eterosessuale, a un sistema plurale e aperto, nel quale perdono importanza i caratteri della matrimonialità e della eterosessualità”. Nella giurisprudenza, si segnala in particolare Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, la quale, anticipando di diversi anni il legislatore italiano, si riferiva alle coppie non coniugate di sesso uguale o diverso ravvisando per entrambi i casi il “diritto di vivere liberamente una condizione di coppia [...] ottenendo il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri”.

La valorizzazione del ruolo del genitore intenzionale non genetico<sup>17</sup>, rilevante in questa sede in relazione alle situazioni di filiazione realizzata mediante ricorso alla gestazione per altri (GPA), cui spesso ci si riferisce con la formula meno neutra di “maternità surrogata”<sup>18</sup>, impone di riflettere sugli effetti che l’eventuale approvazione della proposta di regolamento avrà nella determinazione dell’ordine pubblico internazionale nell’ordinamento italiano.

---

<sup>17</sup> Con tale espressione ci si riferisce al c.d. genitore sociale, ovvero a chi, pur avendo condiviso all’interno della coppia un determinato progetto di genitorialità, non vi abbia al contempo contribuito prestando il proprio materiale genetico; nonché a chi, sempre in mancanza di un legame genetico, abbia con il figlio (genetico dell’altro) un rapporto assimilabile a quello che comunemente consegue alla filiazione normativamente intesa, come, per esempio, accade nelle dinamiche delle famiglie ricomposte. In argomento, cfr. DOGLIOTTI, M., «Genitorialità biologica, genitorialità sociale, segreto sulle origini dell’adottato», *Fam. dir.*, 1999, pp. 1 ss.; RESCIGNO, P., «Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche», *Familia*, 2002, pp. 1 ss.; CORDIANO, A., «Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive», *Comp. dir. civ.*, 2012, pp. 1 ss.; CAROTA, L., «La tutela del rapporto con il genitore sociale nelle coppie dello stesso sesso e l’orientamento della Corte costituzionale sulle modalità di conservazione del rapporto una volta cessata la convivenza», *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, pp. 270 ss.

<sup>18</sup> Per uno studio del fenomeno e della posizione del legislatore italiano nell’ambito della normativa in materia di procreazione medicalmente assistita, D’AVACK, L., *Il progetto filiazione nell’era tecnologica. Percorsi etici e giuridici*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 89 ss.; ID., «La maternità surrogata: un divieto “inefficace”», *Dir. fam. pers.*, 2017, pp. 139 ss.; SALANITRO, U., «La procreazione medicalmente assistita», in BONILINI, G. (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, IV, Utet, Milanofiori Assago, 2016, pp. 3707 ss.; SCALISI, V., «Maternità surrogata: come “far cose con regole”», *Riv. dir. civ.*, 2017, pp. 1097 ss.; GRASSO, A.G., *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli, Torino, 2022, *passim*. Da ultimo, anche VALENZA, C.A., «L’itinerario italiano della maternità surrogata nel quadro di una giurisprudenza evolutiva: linee di una soluzione», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, pp. 758 ss.



È infatti ben nota la posizione adottata e manifestata a piú riprese dalla giurisprudenza sia costituzionale<sup>19</sup> che di legittimità<sup>20</sup>, secondo

---

<sup>19</sup> In particolare, Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Corr. giur.*, 2018, pp. 446 ss., con nota di Ferrando, G.; in *Foro it.*, 2018, pp. 7 ss., con nota di Casaburi, G. In séguito, Corte cost., 9 marzo 2021, nn. 32 e 33, in *Fam. dir.*, 2021, pp. 677 ss., con note di Dogliotti, M. e Ferrando, G.; in *Giur. cost.*, 2021, pp. 306 ss., con note di Rimoli, F. e Astone, F.; su cui FERRANDO, G., «Diritti dei bambini e genitori dello stesso sesso. Il cambio di passo della Consulta», *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2021, pp. 937 ss.; GRASSO, A.G., «Oltre l'adozione in casi particolari, dopo il monito al legislatore. Quali regole per i nati da PMA omosex e surrogazione? (Corte cost. 9 marzo 2021, nn. 32 e 33)», *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, pp. 700 ss.; vi si sofferma inoltre VALENZA, C.A., *op. cit.*, pp. 781 ss. Nonché, da ultimo, Corte cost., 23 febbraio 2022, n. 79, in *Fam. dir.*, 2022, pp. 897 ss., con nota di Sesta, M.; per cui si veda, SENIGAGLIA, R., «Criticità della disciplina dell'adozione in casi particolari dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022», *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, pp. 1333 ss.; CINQUE, M., «Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità», *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2022, pp. 1013 ss.; e sia infine consentito il rinvio a RUGGERI, F., «Adozione in casi particolari e modelli familiari, tra effettiva equiparazione dello *status filiationis* e legami parentali», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, pp. 686 ss.

<sup>20</sup> Il piú recente approdo della giurisprudenza di legittimità è rappresentato da Cass., SS.UU., 30 dicembre 2022, n. 38162, in *Foro it.*, 2023, pp. 83 ss., con nota di De Marzo, G., che, chiamata a rispondere circa la "possibilità di riconoscere o meno il provvedimento giudiziario straniero, nella parte in cui attribuisce lo status di genitore anche al componente della coppia che ha concorso nella scelta di ricorrere alla surrogazione di maternità, senza fornire i propri gameti", si è pronunciata nel senso della non trascrivibilità di un siffatto provvedimento nell'ordinamento italiano. Ciò, peraltro, manifestando di non condividere la posizione espressa dal Collegio della Prima Sezione che, nell'ordinanza interlocutoria del 21 gennaio 2022, n. 1842, prospettava l'opportunità di dare efficacia in Italia al riconoscimento del rapporto di filiazione già avvenuto nell'ordinamento in cui il minore è nato, così da evitare, garantendo la continuità del suo *status* e dei diritti che vanta nei confronti dei genitori (di cui uno, tendenzialmente, di mera intenzione), i pregiudizi che deriverebbero dalla rimodulazione della sua identità e dalla recisione dei rapporti non soltanto con una figura genitoriale, ma anche con l'intero ramo familiare da cui questa discende. In precedenza, si segnala in particolare Cass., SS.UU., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Fam. dir.*, 2019, pp. 653 ss., con note di Dogliotti, M. e Ferrando, G., su cui si rinvia *amplius* a BARBA, V., «Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019», *GenIUS*, 2019, pp. 19 ss.; SALANITRO, U., «Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità», *Nuova*

cui tale pratica, espressamente vietata *ex art. 12 della l. 19 febbraio 2004, n. 40*, collide in modo intollerabile con la dignità della donna e non può trovare giustificazione nella pretesa della persona di autodeterminarsi nel soddisfacimento del proprio desiderio di genitorialità<sup>21</sup>. In quest'ottica, si ritiene che i confini dello spazio entro il quale la propria volontà – espressa in termini di intenzione, consenso, scelta, assunzione di responsabilità, sempre in relazione a un progetto genitoriale di coppia – può risultare idonea alla formazione di un legame parentale in difetto di uno genetico non possono che venire apposti dal legislatore, nell'ambito di un bilanciamento tra interessi diversi tra loro. Nella specie, alla tutela della donna gestante, per un verso, e del nato, per l'altro; nel mezzo, l'interesse pubblico al rispetto della sanzione penalmente rilevante da parte di tutti i consociati. Di riflesso, quella che diviene a tutti gli effetti una definizione *ex ante* ad opera del legislatore dell'ordine pubblico internazionale non lascia alcun margine di discrezionalità al successivo intervento del giudice, la cui valutazione deve piuttosto limitarsi a un giudizio di conformità meramente astratto, tale da escludere qualsiasi ulteriore apprezzamento connesso alla realtà del caso concreto<sup>22</sup>.

Tale conclusione appare tuttavia non condivisibile, in quanto sacrifica per forza di cose l'interesse del figlio, che, al momento del riconoscimento in Italia dell'avvenuta nascita tramite GPA, è tendenzialmente un minore. E fallisce così il perseguimento del *best interest of the child* che è in sé diritto soggettivo, principio interpretativo e regola procedurale<sup>23</sup>, sicché, in quanto tale, dato che concorre necessariamente all'individuazione dell'ordine pubblico

---

*giurisprudenza civ. comm.*, 2019, pp. 737 ss.

<sup>21</sup> Interessante sotto questo profilo il dato emergente dall'analisi comparatistica condotta da FALLETTI, E., «“Di chi sono figlio? Dipende da dove mi trovo”. Riflessione comparate su *status*, genitorialità e GPA», *Fam. dir.*, 2020, p. 756, la quale evidenzia come, al contrario, la Corte Suprema di Israele abbia considerato il desiderio di diventare genitore quale “primaria espressione dell'umanità”.

<sup>22</sup> In questi termini la ricostruzione offerta da MESSINEO, E., «Principio di continuità dello *status* e divieto di maternità surrogata», *Dir. fam. pers.*, 2020, pp. 1486 ss.

<sup>23</sup> Questa la chiave di lettura indicata dal Committee on the Rights of the Children dell'ONU nel “General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interest taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)” (CRC/C/GC/14), del 29 maggio 2013.

internazionale del caso concreto, al pari del divieto. La scelta valoriale compiuta dal legislatore nazionale non può pertanto valere quale bilanciamento definitivo e incontestabile: se così fosse, sarebbe in ogni caso impossibile applicare una legge o riconoscere l'efficacia di un atto proveniente da un altro ordinamento<sup>24</sup>.

La valutazione del caso concreto, in questo contesto della condizione del minore di cui occorre soddisfare i migliori interessi, è infatti momento proprio ed essenziale della definizione dell'ordine pubblico internazionale<sup>25</sup>. In quanto tale, irrinunciabile. D'altronde, non potrebbe essere altrimenti, nella misura in cui il concetto di ordine pubblico trova la sua collocazione nell'ampia categoria delle clausole generali, ovvero in quella tecnica di normazione con cui il legislatore pone all'interno di una norma, e quale frammento di essa, un criterio di valutazione elastico e vago, un'espressione dal valore semantico indeterminato, oggetto di volta in volta di specificazione nella fase della sua attuazione<sup>26</sup>. Il che la rende nozione relativa, sia nel tempo che nello spazio, oltre che a contenuto, per quanto variabile, sempre positivo, e cioè vincolato dall'interpretazione e dall'applicazione, da parte del giudice, dei principi posti a fondamento dell'ordinamento giuridico<sup>27</sup>.

Nell'ambito di questo procedimento, risulta indubbia la comprensione, tra i principi, delle fonti sovranazionali, in particolar

---

<sup>24</sup> BARBA, V., *op. ult. cit.*, p. 31.

<sup>25</sup> Rispetto alla rilevanza del caso concreto, PERLINGIERI, G., ZARRA, G., *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, ESI, Napoli, 2019, p. 5, spiegano chiaramente come non sia possibile affermare "che un certo atto sia *sempre astrattamente* contrario all'ordine pubblico in quanto lesivo di un determinato principio", dovendosi piuttosto seguire la strada del bilanciamento tra i diversi principi e i relativi interessi meritevoli di tutela, per poi valutare "quale tra essi, nella situazione concreta che si presenta dinanzi all'interprete, debba trovare accoglimento".

<sup>26</sup> BARBA, V., «L'ordine pubblico internazionale», *Rass. dir. civ.*, 2018, pp. 422 ss. Sul punto, MENGONI, L., «Spunti per una teoria delle clausole generali», *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, pp. 10 ss., descrive le clausole generali quali "norme incomplete, frammenti di norme [che] non hanno una propria autonoma fattispecie, essendo destinate a concretizzarsi nell'ambito dei programmi normativi di altre disposizioni".

<sup>27</sup> PERLINGIERI, G., ZARRA, G., *op. cit.*, pp. 29 ss., spec. p. 42.

modo europee<sup>28</sup>. Eppure, si diceva, la giurisprudenza interna mantiene quale perno del proprio ragionamento l'interesse alla prevenzione e alla sanzione dei reati e, accanto, l'encomiabile proposito di preservare la dignità della donna<sup>29</sup>. Così, la tutela del minore resta in sostanza sullo sfondo, da un lato venendo enfatizzati i pregi della disciplina dell'adozione in casi particolari<sup>30</sup>, dall'altro rimettendo la responsabilità di intervenire in modo mirato solo ed esclusivamente al legislatore.

Ebbene, l'adozione del regolamento descritto in queste pagine sembra poter riportare la valutazione del giudice sul sentiero non aggirabile degli interessi del minore, imponendo in modo esplicito di averne riguardo nell'ambito dei procedimenti di rilevanza transnazionale che concernono il suo *status filiationis*. Non che fosse davvero necessario: il *best interest of the child*, nei suoi diversi significati e nella sua ampia portata, è già metodo e filtro fondamentale di ogni ragionamento in materia di filiazione nel nostro ordinamento, definitivamente sancito a livello normativo con la riforma del 2012, ma altresì ricavabile da una lettura combinata del dettato costituzionale con le fonti sovranazionali di settore. Tuttavia rileva(va) al contempo il margine di discrezionalità, strenuamente vigilato da ciascuno Stato, specialmente su questioni eticamente sensibili tra cui chiaramente si ritrova il ricorso alla GPA, in forza del quale trova(va) giustificazione, ad esempio, il mancato riconoscimento diretto di un rapporto

---

<sup>28</sup> Il quadro complessivo delle fonti di riferimento è ben riportato da DOGLIOTTI, M., «Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri», *Fam. dir.*, 2019, pp. 670 ss., il quale tiene conto della Dichiarazione universale dei diritti umani, della Cedu, della Carta UE, nonché, con specifica considerazione dei minori di età, della Dichiarazione universale dei diritti del fanciullo e della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli.

<sup>29</sup> V. note nn. 18 e 19.

<sup>30</sup> Questa opzione è d'altronde ammessa dalla giurisprudenza sovranazionale, purché nei limiti dell'effettività e della speditezza del relativo procedimento da condurre a livello interno. Si segnalano, in particolare, Corte Edu, sentenza 21 gennaio 2014, ricorso n. 33773/11, *Zhou contro Italia*; Corte Edu, sentenza 13 ottobre 2015, ricorso n. 52557/14, *S.H. contro Italia*; Corte Edu, Grande Camera, sentenza 10 settembre 2019, ricorso n. 37283/13, *Strand Lobben e altri contro Norvegia*). Sul punto, BATTELLI, E.: «Il diritto del minore alla famiglia tra adottabilità e adozione, alla luce della giurisprudenza CEDU», *Dir. fam. pers.*, 2021, pp. 838 ss.

genitoriale intenzionale non genetico. Si incontra(va) cioè il limite dell'ordine pubblico.

L'intervento del legislatore europeo ha in ciò il pregio di ridurre l'ampiezza di questo margine, di indirizzare in modo preciso l'attività dell'interprete nel solco della Carta di Nizza, in virtù della lettura che di volta in volta ne offre la Corte di giustizia, e in particolare di quel principio di non discriminazione, di cui all'art. 21, che costituisce la chiave interpretativa a garanzia dei diritti fondamentali<sup>31</sup>. Su tutti, in relazione ai minori, e in generale all'intera categoria dei figli, il diritto alla formazione e allo sviluppo della propria identità personale all'interno della famiglia, che, inevitabilmente, trova le sue fondamenta più solide nella tutela della continuità dello *status* e della vita privata e familiare, oltre che nel pieno riconoscimento delle relazioni già costituite con entrambi i genitori che ne hanno voluto la nascita, al contempo rilevanti sotto il profilo personale e patrimoniale: è questa la prospettiva che il diritto della filiazione offre per la definizione dell'ordine pubblico internazionale<sup>32</sup>.

Con questa impostazione, si riesce infatti nella necessaria dissociazione tra due profili da non confondere o sovrapporre: da un

---

<sup>31</sup> FAVILLI, C., *La non discriminazione nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2009, *passim*, spec. p. 218. In forza del principio di non discriminazione si consideri ad esempio che un eventuale rifiuto del riconoscimento di un rapporto di filiazione per contrarietà all'ordine pubblico non può assolutamente venire giustificato dalla mera circostanza che i genitori siano omosessuali (cfr. *supra* nota 10).

<sup>32</sup> In questo senso la posizione espressa da FERRANDO, G., «Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento», *Fam. dir.*, 2019, pp. 681-682. Dell'idea che la negazione del rapporto genitoriale con coloro i quali hanno cresciuto il minore e che lo stesso riconosce "nel pieno rispetto della sua stessa identità" quali propri genitori, BARBA, V., «Ordine pubblico», *cit.*, p. 33. Considerazioni, queste, peraltro già presenti in Corte Edu, parere consultivo 10 aprile 2019, domanda n. P16-2018-001, per cui si veda il commento di GRASSO, A.G., «Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale», *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2019, pp. 757 ss. Per una interessante riflessione di diritto internazionale privato, che pone l'accento sui requisiti di necessità e proporzionalità che gli Stati devono rispettare quando limitano l'esercizio del diritto alla vita privata e familiare, nonché sulla giurisprudenza della Corte Edu in materia, si rinvia a BARATTA, R., «Recognition of Foreign Personal and Family Status: A Rights Based Perspective», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, pp. 413 ss.

lato, la condanna della maternità surrogata; dall'altro, l'attribuzione dello stato di figlio. Ciascun nato è, in quanto persona, titolare di diritti che non possono essere sacrificati o strumentalizzati in funzione della pur legittima esigenza di dissuadere da una condotta vietata dalla legge penale, a prescindere dal valore che il legislatore ha attribuito alla pratica della GPA o dal discorso sulla validità o meno del relativo contratto di gestazione per sostituzione<sup>33</sup>. A maggior ragione se si considera che il divieto contenuto nella disciplina sulla procreazione medicalmente assistita non tiene in alcun modo conto della condizione giuridica del figlio, né fornisce alcuna precisazione circa il trattamento del suo stato, mirando di fatto esclusivamente ad impedire che tale pratica sia posta in essere in Italia<sup>34</sup>.

È infatti pur vero, ed è il caso di evidenziarlo, che la disciplina nazionale della filiazione già conosce e tutela, entro limiti ben noti, quei rapporti di genitorialità che non trovano fondamento nell'esistenza di un legame genetico, bensì nell'accoglienza, con l'adozione, ovvero nella libertà di autodeterminazione, con la procreazione medicalmente assistita. Così come fatto dalla giurisprudenza nazionale, rispetto alla quale si osserva la vivacità di quella di merito, che si pone ormai da tempo in senso favorevole e a sostegno dell'omogenitorialità<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Urgenza già lucidamente avvertita ed esposta da FERRANDO, G., «Diritti dei bambini», cit., p. 939. Così anche BARBA, V., *op. ult. cit.*, pp. 34-35; nonché CAMPIGLIO, C., «La genitorialità nelle coppie *same-sex*: un banco di prova per il diritto internazionale privato e l'ordinamento di stato civile», *Fam. dir.*, 2018, p. 928, la quale afferma convintamente che "non è lecito negare lo *status* di figlio unicamente perché la nascita è avvenuta in violazione di divieti legislativi, violazione a cui il nato è peraltro estraneo. Solo valori riconosciuti fondamentali a livello internazionale potrebbero prevalere sul superiore interesse del minore".

<sup>34</sup> Coglie e argomenta questo aspetto AZZARRI, F., «I diritti dei nati da gestazione per altri e i limiti costituzionali dell'ordine pubblico», *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, p. 1159.

<sup>35</sup> Ancóra, AZZARRI, F., *op. cit.*, pp. 1160-1161. In questo senso, Trib. Min. Roma, 30 luglio 2014, in *Rass. dir. civ.*, 2015, pp. 679 ss., con nota di Salvi, G.; Trib. Min. Roma, 22 ottobre 2015, in *Foro it.*, 2016, pp. 339 ss., con nota di Casaburi, G.; per l'espressa considerazione della coppia dello stesso sesso unita civilmente quale "famiglia" in grado di offrire al minore un "substrato relazionale solido, sicuro, giuridicamente tutelato", Trib. Min. Bologna, 6 luglio 2017, in *Corr. giur.*, 2018, pp. 1396 ss., con nota di Giorgi, G.; per l'affidamento al genitore parte di una coppia omosessuale, Cass.,

Una siffatta lettura appare poi ancor piú condivisibile in considerazione del notevole elemento di novità al centro della proposta di regolamento, su cui si può in conclusione porre l'accento, laddove, di regola, viene individuata quale legge applicabile per l'attribuzione della genitorialità quella del luogo di residenza della partoriente. La circostanza per cui tali pratiche sono ammesse, e vengono quindi eseguite, all'interno di Stati terzi rappresenta un'enorme apertura da parte del legislatore europeo all'ingresso dei relativi effetti nell'ordinamento giuridico comunitario. Il consolidamento di una situazione giuridica soggettiva già accertata in quanto legittimamente costituita nello Stato di formazione del vincolo parentale è in ciò ritenuto un esito appropriato e non incompatibile con i sistemi nazionali degli ordinamenti europei, pur nella eterogeneità dei rispettivi contesti sociali e culturali, comunemente tenuti alla tutela dei diritti dei minori, specie alla luce della giurisprudenza della Corte Edu cui ciascuno di loro è tenuto a conformarsi<sup>36</sup>.

La scelta di procedere lungo tale strada, peraltro per mezzo dello strumento del regolamento, appare quindi una dimostrazione al contempo e di una tendenza alla piú stretta uniformazione delle regole di riconoscimento della filiazione, in particolare nell'ambito delle citate strategie europee a tutela dei minori e delle persone LGBTIQ, e della consapevolezza, a monte, che la condivisione tra gli Stati membri dei valori non a caso fondanti il sistema giuridico europeo è (ormai) tanto profonda da condurre all'individuazione se non di un unico ordine pubblico internazionale – soluzione che, anche tenendo conto dello stato attualmente raggiunto nel processo di integrazione europea, non si ritiene ancora completamente sostenibile – quanto meno di una sempre piú stretta convergenza, e in questo senso di europeizzazione, in ciascun paese, del suo contenuto.

---

11 gennaio 2013, n. 601, in *Fam. dir.*, 2013, pp. 570 ss., con nota di Ruscello, F. Per il riconoscimento dell'adozione piena effettuata all'estero da una coppia omosessuale, Cass., SS.UU., 31 marzo 2021, n. 9006, in *Fam. dir.*, 2021, pp. 992 ss., con note di Figone, A. e Sesta, M.

<sup>36</sup> In questo senso, CAMPIGLIO, C., *op. cit.*, pp. 928-929.

## Bibliografia

AZZARRI, F., «I diritti dei nati da gestazione per altri e i limiti costituzionali dell'ordine pubblico», *Nuove leggi civ. comm.*, 2021.

BARATTA, R., «Recognition of Foreign Personal and Family Status: A Rights Based Perspective», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016.

BARBA, V., «L'ordine pubblico internazionale», *Rass. dir. civ.*, 2018.

BARBA, V., «Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019», *GenIUS*, 2019.

BARBA, V., «Tecniche procreative, genitorialità e interesse del minore», in CORDIANO, A., SENIGAGLIA, R. (a cura di), *Diritto civile minorile*, ESI, Napoli, 2022.

BATTELLI, E.: «Il diritto del minore alla famiglia tra adottabilità e adozione, alla luce della giurisprudenza CEDU», *Dir. fam. pers.*, 2021.

CAMPIGLIO, C., «La genitorialità nelle coppie same-sex: un banco di prova per il diritto internazionale privato e l'ordinamento di stato civile», *Fam. dir.*, 2018.

CAROTA, L., «La tutela del rapporto con il genitore sociale nelle coppie dello stesso sesso e l'orientamento della Corte costituzionale sulle modalità di conservazione del rapporto una volta cessata la convivenza», *Nuove leggi civ. comm.*, 2018.

CINQUE, M., «Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità», *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2022.

CORDIANO, A., «Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive», *Comp. dir. civ.*, 2012.

D'AVACK, L., *Il progetto filiazione nell'era tecnologica. Percorsi etici e giuridici*, Giappichelli, Torino, 2016.

D'AVACK, L., «La maternità surrogata: un divieto "inefficace"», *Dir. fam. pers.*, 2017.

DOGLIOTTI, M., «Genitorialità biologica, genitorialità sociale, segreto sulle origini dell'adottato», *Fam. dir.*, 1999.

DOGLIOTTI, M., «Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri», *Fam. dir.*, 2019.

FALLETTI, E., «“Di chi sono figlio? Dipende da dove mi trovo”. Riflessione comparate su status, genitorialità e GPA», *Fam. dir.*, 2020.

FAVILLI, C., *La non discriminazione nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2009.



FERRANDO, G., «Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento», *Fam. dir.*, 2019.

FERRANDO, G., «Diritti dei bambini e genitori dello stesso sesso. Il cambio di passo della Consulta», *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2021.

GRASSO, A.G., «Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale», *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2019.

GRASSO, A.G., «Oltre l'adozione in casi particolari, dopo il monito al legislatore. Quali regole per i nati da PMA omosex e surrogazione? (Corte cost. 9 marzo 2021, nn. 32 e 33)», *Nuove leggi civ. comm.*, 2021.

GRASSO, A.G., *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli, Torino, 2022.

MARCHIORO, I., «Quali prospettive per il legislatore europeo dopo *Coman* e *Pancharevo*?», *Quaderni AISDUE*, 2023.

MENCONI, L., «Spunti per una teoria delle clausole generali», *Riv. crit. dir. priv.*, 1986.

MESSINEO, E., «Principio di continuità dello *status* e divieto di maternità surrogata», *Dir. fam. pers.*, 2020.

PERLINGIERI, G., ZARRA, G., *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, ESI, Napoli, 2019

PERLINGIERI, P., «I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare», *Rass. dir. civ.*, 1982.

RESCIGNO, P., «La comunità familiare come formazione sociale», in ID., *Matrimonio e famiglia*, Giappichelli, Torino, 2000.

RESCIGNO, P., «Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche», *Familia*, 2002.

RUGGERI, F., «Adozione in casi particolari e modelli familiari, tra effettiva equiparazione dello *status filiationis* e legami parentali», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022.

SALANITRO, U., «La procreazione medicalmente assistita», in BONILINI, G. (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, IV, Utet, Milanofiori Assago, 2016.

SALANITRO, U., «Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità», *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2019.

SCALISI, V., «Maternità surrogata: come "far cose con regole"», *Riv. dir. civ.*, 2017.

SENIGAGLIA, R., «Criticità della disciplina dell'adozione in casi particolari dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022», *Nuove leggi civ. comm.*, 2022.

VALENZA, C.A., «L'itinerario italiano della maternità surrogata nel quadro di una giurisprudenza evolutiva: linee di una soluzione», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022.

PARTE IV

FILIAZIONE E TECNICHE DI RIPRODUZIONE  
UMANA ASSISTITA



# Técnicas de reproducción asistida humana. Entresijos y olvidos

*María Elena Cobas Cobiella*

**RESUMEN:** Las técnicas de reproducción asistida humana es una materia que en el ámbito del derecho y las relaciones con la persona genera interés y siempre es un tema recurrente por los dilemas éticos y jurídicos que plantea. El trabajo esboza algunas ideas, algunas ya trabajadas con anterioridad y otras más recientes que han surgido por la aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

**SUMARIO:** 1. Estado de la cuestión. – 2. Técnicas de reproducción asistida humana. Algunas notas de interés. – 3. Entresijos y olvidos de las técnicas de reproducción asistida humana.

## **1. Estado de la cuestión**

Las técnicas de reproducción asistida humana no dejan de carecer de interés, con independencia de las modalidades reconocidas o no por la legislación actual. Léase la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida<sup>1</sup>.

Estamos en presencia de una materia de alto contenido privado por su estrecha relación no sólo con el derecho, sino con la bioética, la medicina y sobre todo con la persona, en un ámbito tan estrictamente personal que es el deseo de tener descendencia. Cuestión que nos pone en la disyuntiva de realizar un análisis menos cosmopolita y mucho

---

<sup>1</sup> «BOE» núm. 126, de 27/05/2006.

más encaminado a la búsqueda de soluciones, porque la realidad actual y el potente desarrollo en el orden tecnológico y científico conduce diariamente a nuevos paradigmas en orden a la salud, a la aparición de nuevos conceptos y de nuevos marcos de investigación, que inciden en estos temas. Los tiempos cambian y dentro del impulso de las tecnologías siguen existiendo materias que conservan la importancia, porque la persona sigue situada en el centro del derecho y del derecho civil.

La perpetuación de las generaciones y la posibilidad de que las tecnologías y su desarrollo sigan perenne debe ser una preocupación de los juristas, de los políticos y de la sociedad. Sin obviar que la economía, jubilaciones etc amén de muchos factores está estrechamente vinculado con cuestiones como la natalidad y el crecimiento demográfico.

Por otra parte las importantes reformas de los últimos años en sede de Derecho civil, incluida las realizadas por la Ley 8/2021, de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica no han tenido tampoco en cuenta las problemáticas en relación al consentimiento, a la filiación y a los derechos sucesorios que se generan como consecuencia de la utilización de estos métodos alternativos.

La autonomía de la voluntad ha dejado atrás un conjunto de categorías clásicas que dotaban y reforzaban la seguridad jurídica del sistema jurídico español. La aparición de las medidas de apoyo, en una novedosa conceptualización ha llevado a un serio replanteamiento de los planteamientos clásicos frente a nuevos paradigmas. No parece mal esta idea llevada a ley y el establecimiento de principios que sostienen la normativa. Ahora bien, si pensamos en orden a la sistémica las cuestiones vinculadas con la salud, los derechos de los pacientes y las técnicas de fecundación in vitro han quedado ancladas en el pasado, porque no se han ajustado, a una ley cuyo centro es la persona y los derechos a ser dueños de su propio destino.

De la lectura inicial de la normativa en materia de salud, ni del análisis de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida es posible apreciar reformas, tampoco la Ley 8/2021 ha modificado la citada normativa. ¿Un error involuntario? No es posible ni afirmarlo ni desmentirlo. Por lo menos en estos momentos.

La materia de salud en general ha escapado por tanto de las reformas a pesar de la estrecha relación de la autonomía de la voluntad con las posibles decisiones en materia de salud y obviando las importantes reformas que ha conllevado que tampoco dejan indiferente a los profesionales del derecho.

El objetivo de este trabajo es exponer por tanto algunas ideas en torno a la materia, porque evidentemente muchas cuestiones quedarán a expensas de las políticas legislativas y otras en manos de la jurisprudencia. Es pronto todavía para profundizar en algunas cuestiones.

## **2. Técnicas de reproducción asistida humana. Algunas notas de interés**

En la actual Ley de Reproducción Asistida se enumeran las citadas técnicas expresamente, ofreciendo no obstante un espacio a la aparición de nuevas modalidades, ya que no cierra el paso al avance de la ciencia, porque regula en el artículo 2. 3 que el Gobierno, mediante Real Decreto y previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida, se podrá actualizar el anexo para adaptarlo a los avances científicos y técnicos e incorporar aquellas técnicas experimentales que hayan demostrado, mediante una experiencia suficiente, reunir las condiciones de acreditación científica y clínica precisas para ser aplicadas de forma generalizada.

Cabe señalar que este enfoque de las técnicas constituye un logro del legislador, en contra del carácter cerrado de la Ley 35/1998, Primera Ley de Reproducción Asistida que regulaba expresamente en el artículo 1 las citadas técnicas, las que eran conocidas hasta el momento, y en base a ello establecía los límites legales de actuación, mientras que la actual normativa las enumera teniendo en cuenta el estado de la ciencia y la práctica actuales, dejando abierto el camino al futuro investigativo en la materia, al estado y a los futuros procedimientos médicos que puedan aparecer<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Cfr Artículo 1. Vid. COBACHO GÓMEZ, J.A., «Disposiciones Generales, artículo 1», en *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Cizur Menor, Navarra, 2007, p. 26.

La Ley 14/2006, no incluye una enumeración de técnicas que se prohíban de manera expresa, permitiendo en principio las técnicas mencionadas en su Anexo, entre las que se encuentran las siguientes: la inseminación artificial, la fecundación in vitro e inyección de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones y transferencia intratubárica de gametos, en correspondencia con el enunciado del artículo 2.1 de la Ley, que constituye un precepto acertado en comparación con la derogada ley 35/1988<sup>3</sup>.

La actual Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción asistida se adapta por tanto algo más a las necesidades actuales y nos posiciona entre los países con una legislación más avanzada de Europa<sup>4</sup>, pero no es suficiente en algunos temas como por ejemplo en la problemática de la maternidad subrogada, en cuanto a la regulación en sí del artículo 10 y en orden a las implicaciones que reviste el hecho que en otros ordenamientos jurídicos este permitido y se haga uso de ella<sup>5</sup>. Contando además que los problemas en torno a esta técnica siguen subsistiendo por el nacimiento de niños bajo ellas que han quedado en muchos casos a la deriva<sup>6</sup>.

Sin descartar otras problemáticas que tampoco quedan suficientemente solucionadas en la ley, como la investigación y la manipulación genética, la clonación, el estudio genómico con fines distintos a los previstos, o la inseminación post mortem en orden al hijo nacido en virtud de las mismas<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> Cfr artículo 2 de la Ley 14/2006.

<sup>4</sup> MINGUEZ, Y., y GARCÍA-VELASCO, J.A., «Situación jurídica: comparación con países del entorno », en Libro Blanco Sociosanitario, *La Infertilidad en España: Situación Actual y Perspectivas*, , 2011, p. 97 y ss.

<sup>5</sup> Vid. COBAS COBIELLA, M.E., «La FIV. Su relación con el Derecho de Sucesiones. Bioderecho y sucesión *mortis causa* », *Tratado de Derecho de Sucesiones*, ALVENTOSA DEL RÍO, J. y COBAS COBIELLA, M.E. (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 1202. Vid. COBAS COBIELLA, M.E., «Gestación subrogada. Cuando la realidad social supera a la realidad jurídica», en *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A (coord.), y LLEDÓ YAGÜE, F (dir.), Dykinson, Madrid, 2019, pp. 507-534.

<sup>6</sup> ORTEGA GIMÉNEZ, A., COBAS COBIELLA, M.E., HEREDIA SÁNCHEZ, L.S., «Los contratos de gestación subrogada en España », *Diario La Ley*, N.º 9281, 2018.

<sup>7</sup> Vid. COBAS COBIELLA, M.E., «La llamada reproducción asistida *post mortem*. Algunas reflexiones», *Actualidad Civil* n.º 6, junio 2017, N.º 6, 1 de jun. de 2017, pp. 68-83.



En cualquier caso la Ley de Reproducción asistida a pesar de que es antigua en el tiempo, es una ley que al igual que ha pasado con otras como la ley por ejemplo Ley 1/ 82 de Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, son normas con buena sistemática jurídica, por tanto con independencia de los nuevos retos de la ciencia y la tecnología, ha conseguido desde mi punto de vista mantenerse e irse ajustando a las distintas etapas por las que ha transitado, dado que el legislador ha aprobado algunas leyes, decretos etc que han ido complementando la normativa. Todo ello con independencia que evidentemente los tiempos van cambiando y aunque podría parecer una entusiasta de la norma, siguen siendo los dilemas éticos y jurídicos bastante parecidos a los de sus inicios.

Dilemas que nacen de algunas figuras cuya admisión o no depende de la voluntad política y poco margen deja a los legisladores, como sucede con la gestación por sustitución<sup>8</sup>.

La vetustez del Código Civil español es otra de las razones que influyen en la existencia de cuestiones no solucionadas debidamente en la norma<sup>9</sup>, sin contar que por demás estos temas deben ser tratados multidisciplinariamente en relación con la medicina, la salud y la bioética, porque en ocasiones las decisiones que se ofrecen no son justas, o se alejan de la realidad en otros casos<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Téngase en cuenta que ha habido propuestas en este sentido que no han sido tomadas en cuenta. Vid. ORTEGA GIMÉNEZ, A., COBAS COBIELLA, M.E., HEREDIA SÁNCHEZ, L.S., *op. cit.*, s/n. p.

<sup>9</sup> Al margen de esta normativa especial, en el Código Civil español no se halla ninguna referencia a la utilización de este tipo de técnicas ni a las cuestiones derivadas de la determinación de la filiación de los nacidos mediante el empleo de métodos de reproducción asistida. Vid. PASTRANA, M.A., «Algunos problemas derivados de la aplicación de la ley española de técnicas de reproducción asistida», *Revista Vía Iuris* 759, núm 16, 2014, p. 179. Sobre la necesaria reforma del Código Civil en cuanto a esta disciplina.

<sup>10</sup> Vid. COBAS COBIELLA, M.E., «La llamada reproducción asistida post mortem. Algunas reflexiones», *cit.*, p. 2.

### 3. Entresijos y olvidos de las técnicas de reproducción asistida humana

El Código Civil español ha quedado en determinados temas alejado de la realidad.

Al promulgarse el Código Civil no era posible prever que el desarrollo de la ciencia y la técnica diera cabida a un nuevo panorama, de ahí que se experimentara una verdadera revolución con el advenimiento de la fecundación in vitro a finales de los años 70 del siglo XX; cuyo mérito es crear mecanismos para descomponer el proceso procreativo humano y para volver a componerlo según la voluntad del hombre<sup>11</sup>. No sólo el Código Civil español, otras normas igualmente no han incluido la problemática que se genera en sede de fertilización humana<sup>12</sup>.

En consecuencia existen temas que se han dejado al azar o a las decisiones de los tribunales.

En primer lugar tenemos la situación del concebido y no nacido (*nasciturus*) que constituye un tema importante y con relevancia en familia y sucesiones; razón por la cual el legislador ofrece protección, a tenor de lo previsto en los artículos 29 y 30 del Código Civil que en principio parecen ser efectivos, siguiendo la actual regulación<sup>13</sup>, por tanto el legislador mantiene la protección al concebido y también a la viuda que quede encinta a tenor de lo dispuesto en los artículos 959 y 627 del Código Civil<sup>14</sup>. Dado que estos artículos hacen referencia al concebido, parecen ser en principio de aplicación y extensible a los hijos nacidos por las técnicas siempre y cuando se aplican las reglas en torno al consentimiento que devienen de la Ley del 2006, que suelen ser siempre los problemas que con más frecuencia se presentan en torno a la aplicación de la normativa, por lo menos en orden a la jurisprudencia más clásica, porque actualmente la gestación por subrogación, su permisibilidad y utilización en otros sistemas jurídicos ha reabierto el debate a nivel del derecho internacional.

---

<sup>11</sup> ALKORTA IDIAKEZ, I., *Regulación jurídica de la medicina reproductiva*, Editorial Aranzadi, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2003, p. 29.

<sup>12</sup> En materia de despidos. Cfr STS, 4 abril 2021, Sala de lo Social, Sentencia núm. 286/2017, Cendoj, 28079140012017100270.

<sup>13</sup> Cfr citados artículos.

<sup>14</sup> Cfr artículos 959 y siguientes del Código Civil.

Luego se encuentre el enrevesado artículo 9 de la Ley que regula la inseminación post mortem, o el llamado hijo del fantasma y que no queda lo suficientemente perfilado en la materia. La ley de reproducción española permite la fecundación post mortem que consiste en una habilitación para que la viuda (o mujer pareja de hecho) pueda utilizar los gametos (o embriones) de su marido (o compañero) fallecido, durante los doce meses siguientes a su muerte, siempre y cuando aquél lo hubiera consentido por escrito nos explica la doctrina y lo refrenda la ley en el artículo 9, también suscita alguna disquisición<sup>15</sup>.

El artículo 9 de la Ley de Reproducción Asistida tiene una relevancia destacable en el derecho civil en general, pero con especial incidencia en el derecho de sucesiones y en el derecho de familia, porque rompe con un conjunto de categorías históricamente inamovibles, como la maternidad, la filiación, la delación de la herencia o el tratamiento del nasciturus; teniendo en cuenta que el Código Civil sólo regula la reproducción humana natural<sup>16</sup>.

La doctrina en la materia, bien lo explica al referirse a las mismas, entendiendo que estas «permiten una diversificación entre la paternidad y la maternidad biológicas»<sup>17</sup>.

Esta situación genera conflictos que dificultan la aplicación del Código Civil, porque las instituciones que este regula, están previstas para supuestos de hechos diferentes, que al encontrarse frente al avance de la ciencia quedan desfasados, debiendo hacerse uso de la lógica jurídica y de lo previsto en las leyes especiales.

La filiación en orden a las técnicas de reproducción asistida está determinada por lo previsto en la legislación ordinaria en la materia, salvo determinadas especificaciones establecidas en los artículos 7 al 10 de la LTRA, teniendo además en cuenta que aunque se trate de una ley estatal, determinadas Comunidades Autónomas tienen regulación propia sobre filiación y las previsiones de la ley estatal, en cuanto afecten a la determinación de la filiación, deben estar en correspondencia con la legislación autonómica en caso de que regule la disciplina.

---

<sup>15</sup> Vid. ABELLÁN, F., «El estatuto jurídico del embrión en España: de la ley de reproducción de 1988 a la clonación terapéutica de nuestros días», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2008, pp. 59-83. Cfr. Artículo 9.

<sup>16</sup> Díez PICAZO, L, y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil, Derecho de familia*, Tomo I, Duodécima Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2018, p. 259.

<sup>17</sup> Díez PICAZO, L, y GULLÓN, A., *op. cit.*; p. 252.

Una reforma sólida del derecho de sucesiones debería tener en cuenta la cuestión de los hijos nacidos bajo estas técnicas, en especial la protección del hijo concebido con posterioridad a la muerte del causante, en relación a sus derechos sucesorios, porque la cuestión a efectos doctrinales no ha sido pacífica.

La regulación del artículo 9 conduce a la indeterminación jurídica en cuanto a la filiación y a los derechos sucesorios y por consiguiente a consecuencias jurídicas, en cuanto a la determinación legal de la filiación de los hijos concebidos con posterioridad a la muerte del padre.

La cuestión de la filiación ha sido uno de los temas más debatidos en relación a su atribución o no, sosteniéndose criterios diversos, en los primeros tiempos de la Ley de 1988.

Así cabe destacar algunos criterios que apuestan porque el hijo nacido como consecuencia de estas prácticas sería no matrimonial, con la consecuente negación de los derechos sucesorios, aunque sí podría participar en la sucesión testamentaria como *concepturus*, con derecho a reclamar una indemnización frente a la madre y al niño<sup>18</sup>.

En la línea a favor del reconocimiento de la filiación destacaba el pensamiento de que «la esencia de la vieja legitimidad o actual matrimonialidad de la filiación reside, cada día más, en la concepción marital, no en otros datos o en el momento de la concepción o el matrimonio».<sup>19</sup>

La doctrina observa que deben ser considerados como hijos matrimoniales los que la viuda tenga después de la muerte del marido con gametos procedentes de éste, lo que requiere el establecimiento de algún sistema para facilitar que se pueda inscribir la filiación como matrimonial, al menos si concurrían algunos presupuestos tales como el consentimiento del marido, la prueba de la fecundación con gametos que claramente procedan del marido, así como que el nacimiento se produzca en el plazo que se señale y no concurra o no

---

<sup>18</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., «Contra la Ley sobre Reproducción Asistida», en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989, pp. 661-662.

<sup>19</sup> Vid. FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., «Premoriencia del marido», *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, COBACHO GÓMEZ, J.A. (dir.), e INIESTA DELGADO, J.J. (coord.), Thomson Aranzadi, 2007, Cizur Menor, Navarra, p. 344, y RIVERO HERNÁNDEZ, F., «La fecundación artificial post mortem», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987, p. 893.

se halle en contradicción con la presunción de paternidad que eventualmente pudiera derivar de un nuevo matrimonio de la viuda<sup>20</sup>.

El artículo 9.1 de la actual ley enfoca la cuestión negativamente, el no cumplimiento de determinados requisitos, excluye la determinación de la filiación entre el hijo nacido por la aplicación de estas técnicas y el marido fallecido. Específicamente si el material reproductor de este último no se encuentre en el útero de la mujer al momento del fallecimiento del varón, pero establece como excepción el consentimiento dado por el marido o varón; consentimiento que es la puerta a la fecundación post mortem y a la determinación de la filiación, lo que se infiere del propio precepto: “tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial”.

Este derecho se extiende al varón no unido por vínculo matrimonial, previo consentimiento como señala el artículo 9.3 de la Ley, y entendiendo que el citado consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad<sup>21</sup>.

Este artículo ha nacido bajo todos los inconvenientes condicionantes de la ausencia de regulación en el derecho común español, como los plazos previstos en el Código Civil para la presunción de paternidad del artículo 116 por ejemplo, o la cuestión que queda sin resolver de que sucede si nace un hijo de estas técnicas, faltando alguno de los requisitos del artículo 9.2, qué pasaría con la filiación, ¿sería posible determinarla?

Estas cuestiones y otras están sometidas a múltiples interrogantes, y al desarrollo de la jurisprudencia en el tema, dejando siempre abierto el debate a las cuestiones que se produzcan en su aplicación<sup>22</sup>.

En lo que respecta a los derechos sucesorios, el artículo 9 de la Ley de Reproducción Asistida no atribuye de modo explícito derechos sucesorios a los nacidos con estas técnicas, ello está implícito en las acciones de filiación que se pueden llevar a cabo a tenor de lo previsto en el artículo 7 de la Ley; una posición contraria vulneraría el principio de igualdad previsto en el artículo 14 de la Constitución Española,

---

<sup>20</sup> Vid. MONTÉS PENADÉS, V.L., «El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana», en *La Filiación a finales del siglo XX*, Trivium, Madrid, 1988, p. 193.

<sup>21</sup> Cfr. Ley 19/2015, de 13 de julio.

<sup>22</sup> Vid. desarrollo de este tema en COBAS COBIELLA, M.E., «La FIV. Su relación con el Derecho de Sucesiones. Bioderecho y sucesión *mortis causa*», *op.cit.*, pp. 1191 y ss.

porque trataría de manera desigualdad a los hijos nacidos por estas técnicas, resultando a todas luces discriminatorio cercenar los derechos hereditarios de un niño nacido bajo técnicas de reproducción asistida<sup>23</sup>.

Una solución a los problemas que plantea la no previsión legislativa de los derechos hereditarios de los niños nacidos bajo estas técnicas, puede ser la aplicación –por lo menos de manera provisional–, de lo previsto en el artículo 3.1 del Código civil, según el cual las normas han de interpretarse de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas<sup>24</sup>.

El análisis de la problemática debe partir del presupuesto de que el derecho suele ir a la zaga de la medicina y de la ciencia, realidad que conlleva a la necesidad de atemperar lo regulado, aplicando las categorías sucesorias y civiles a los nuevos supuestos<sup>25</sup>, o bien realizar una reforma del Código Civil como han realizado el derecho catalán y el aragonés<sup>26</sup>.

En materia sucesoria los inconvenientes que se producen son diversos dada la indefinición de la cuestión: entre los que se encuentran la capacidad para suceder, por ejemplo, el tratamiento del *concepturus*, o la protección de la viuda que queda encinta entre alguno de ellos.

La capacidad para suceder constituye uno de los temas clásicos del Derecho sucesorio, y que mayores problemas plantea siguiendo a ROYO MARTÍNEZ, porque la aptitud del llamado como elemento que integra la delación, haría en vano el ofrecimiento de la herencia a quien

---

<sup>23</sup> “Ahora bien, esto no está exento de dificultades la posible aplicación de este artículo porque partimos de la premisa de que el Código civil no está pensado para estos procederes médicos, y mucho menos en el marco de las instituciones sucesorias que se han mantenido prácticamente intactas más de un siglo”. Vid. COBAS, «La FIV. Su relación con el Derecho de Sucesiones », *op. cit.*, pp. 1231 y ss.

<sup>24</sup> Cfr. RODRÍGUEZ GUITIÁN, A., «La reproducción artificial post mortem en España: Estudio ante un nuevo dilema jurídico», en *Revista Boliviana de Derecho*, núm 20, julio 2015p. 316 y FEMENÍA LÓPEZ, P. J., *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pp. 272 y 283.

<sup>25</sup> Vid. VIDAL MARTÍNEZ, J., «Acerca del derecho a la protección de la salud en relación con los avances en Biomedicina desde la perspectiva del Derecho español», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N. ° 2, febrero 2016, p. 3.

<sup>26</sup> Apuesta por la reforma RODRÍGUEZ GUITIÁN, A., *Vid. op. cit.*, p. 317. En cuanto a las legislaciones forales. Cfr el artículo 412-1 de la Ley 10/2008 de 10 de julio del Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las Sucesiones, que establece en su artículo 412-1 y el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba, con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, el artículo 325.3.

no pueda aceptarla, por ello siguiendo con el magnífico autor: andamiaje o soporte de toda posible aptitud a este respecto la personalidad o aptitud jurídica abstracta del ser humano o ente que sea llamado a suceder, puesto que quien no puede ser sujeto o titular de las relaciones jurídicas en abstracto, no podrías serlo tampoco de las que integran la herencia, ni podrá por sí o por medio de la representación aceptar o repudiar válidamente”<sup>27</sup>.

Siguiendo la línea de argumento, sería dudoso el ofrecimiento a favor del concebido, con respecto al *concepturus* será todavía más complejo<sup>28</sup>.

Ahora bien, de la misma forma que se protege al concebido de forma natural, el preembrión concebido bajo estas técnicas, se le aplicaría lo previsto en el artículo 29 y siguiente del Código Civil<sup>29</sup>.

La protección de la viuda es otra de las previsiones del Código Civil en esta materia bajo la igualdad de condiciones en el trato. Por tanto, igualmente a la viuda embarazada por las técnicas le sería de aplicación lo previsto en los artículos 959 al 967 del Código Civil. Aunque tomando en consideración los plazos que, aunque no indefinidos, si pueden ser más largos, al tratarse de un procedimiento médico específico. Estaríamos en la situación de incertidumbre y pendencia que da cabida a la protección del *nasciturus*<sup>30</sup>.

El niño nacido bajo estas técnicas es considerado como un hijo más, adquiere todos los derechos que la ley prevé como los derechos legitimarios previstos en el artículo 806 y siguientes del Código Civil, y a las acciones de protección de la misma, si es preterido, a la acción de complemento, incluso a la acción de petición de herencia. En general todos los efectos incluso el del derecho de representación, como descendiente conjuntamente con los otros herederos<sup>31</sup>. Pero no estaría de más la inclusión de estos supuestos en la norma.

---

<sup>27</sup> ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho sucesorio mortis causa*, Editorial Edelce, Sevilla, 1951, p. 45.

<sup>28</sup> Vid. LLEDÓ YAGÜE, F., *Fecundación artificial y derecho*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 203 y ss.

<sup>29</sup> Cfr. Artículo 44 sobre Inscripción de nacimiento y filiación Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Cfr. Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, BOE, núm. 167, de 14 de julio de 2015.

<sup>30</sup> FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., *op. cit.*; p. 351.

<sup>31</sup> Analiza la cuestión LLEDÓ YAGÜE, F., en sede de las consecuencias jurídicas de la filiación, que una demanda que prospere en este sentido tendría afectaciones para los herederos forzosos en orden a su legítima, *op. cit.*; p. 189.

El *concepturus* y el tratamiento que se le otorga constituyen otra de las problemáticas a analizar en un debate sobre el tema, en relación a la polémica en torno a la capacidad sucesoria, que es uno de los requisitos para heredar.

La doctrina en la materia, buscando soluciones ha señalado en relación al requisito que exige el Código Civil correspondiente a la capacidad sucesoria derivado del artículo 758 del Código Civil, en virtud del cual el causahabiente debe existir al tiempo que se produzca el fallecimiento del causante, que no existe impedimento legal para vencer el escollo del empleo de la figura del *concepturus*<sup>32</sup>, tanto en el testamento como en la sucesión abintestato, "sin necesidad de forzar demasiado los argumentos y bajo la amenaza de inconstitucionalidad de cualquier otra interpretación que privara a estos hijos, si decimos que lo son, de derechos que la misma ley no los excluye expresa ni implícitamente"<sup>33</sup>.

En este punto como en tantos otros que han devenido de la ley, habrá que admitir la utilización de la institución de la sustitución fideicomisaria para el nombramiento como heredero o el nombramiento como heredero sujeto a la condición suspensiva de serlo si llega a nacer pero en el supuesto que se haya otorgado testamento, porque de no existir voluntad testamentaria, la apertura de la sucesión intestada nos llevaría por otros derroteros, pero en todo caso se produciría un estado de pendencia, al que suele sujetarse la sucesión *mortis causa* en los casos de concebidos y no nacidos<sup>34</sup>.

Resumidamente puede constatarse que el Código Civil en esta materia es francamente antiguo. Estamos en presencia de uno de esos temas que deberían ajustarse a los nuevos tiempos, en una futura reforma para adaptar el mismo a la nueva era tecnológica y científica haciendo más cercanas sus antiguas y sólidas instituciones. Téngase en este sentido en cuenta la Propuesta de Código Civil realizada por la Asociación de Profesores de Derecho civil admite la incorporación en el Código Civil de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, regulando disposiciones de carácter general dentro de la norma, estableciendo la determinación de la maternidad, regulando asimismo la nulidad del contrato en los casos de gestación por subrogación, así como la determinación de la maternidad de la esposa

---

<sup>32</sup> FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., J.A., *op. cit.*; p. 351.

<sup>33</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, p. 901.

<sup>34</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A., *op. cit.*; p. 316.



de la madre y la determinación de la paternidad del marido de la madre.

La controvertida cuestión de la gestación por sustitución a pesar del interés que despierta, y de los debates polarizados y enconados continua inalterable, en principio parece permanecer sin mayores cambios legislativos, a pesar de que siguen naciendo niños en virtud de maternidad subrogada. No legislar no indica que el problema no se mantenga, sino que sigue sin solucionarse<sup>35</sup>.

La sociedad actual se enmarca en un nuevo entorno, que compone una amalgama de situaciones que no se pueden obviar y mucho menos verlas desde posiciones estáticas o rígidas, hay que ver los matices, los intereses individuales, los generales y sobre todo conjugar dos de las cuestiones a destacar en este tema, el derecho de la mujer a decidir libremente sobre su maternidad y el derecho de los menores a estar en un entorno deseado. No podemos eludir la importancia de estos temas, y tampoco apartarlos del pensamiento, porque con ello no van a desaparecer, a todas luces es más sencillo objetar la gestación subrogada que abrir el debate sobre una regulación en la materia, donde lo jurídico, lo ético y la nota de interdisciplinariedad son absolutamente necesarios<sup>36</sup>.

En cualquier caso, como dice LLEDÓ, la regulación de la gestación subrogada está rodeada de luces y sombras. Ello hace que el debate transite entre el dilema de su aceptación o de su reproche<sup>37</sup>.

Con la entrada en vigor de la Ley 8/2021 se han reformado el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de Jurisdicción Voluntaria, la Ley del Registro Civil, la Ley Hipotecaria, la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con discapacidad, el Código de Comercio y la Ley del Notariado, teniendo en cuenta como señala doctrina en la materia que : «el propio sistema jurídico-legal impedía

---

<sup>35</sup> En este punto *Vid.* ORTEGA GIMÉNEZ, A., COBAS COBIELLA, M.E., HEREDIA SÁNCHEZ, L.S., *op. cit.*, s/n.p.

<sup>36</sup> COBAS COBIELLA, M.E., «Gestación subrogada: cuando la realidad social supera a la realidad jurídica», *cit.*, p. 509. *Vid.* COBAS COBIELLA, M.E., «Gratuidad de los actos jurídicos», *Actualidad Civil*, número 5, 2020, pp.14 y ss.

<sup>37</sup> LLEDÓ YAGÜE, F., «La filiación en la gestación subrogada: el estado de la cuestión (1988-2019)» en *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A (coord.), y LLEDÓ YAGÜE, F (dir.), Dykinson, Madrid, 2019, pp. 29-33.

la participación de las personas con discapacidad de forma plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás »<sup>38</sup>.

Estamos en presencia de una ley inédita en todo sentido.

El peso fundamental de la reforma ha recaído en el Código Civil porque es una normativa dirigida a la persona, incidiendo el cambio fundamentalmente en el marco conceptual tradicional en sede de instituciones tuitivas de la persona y la capacidad. La reforma ha suprimido o sustituido categorías jurídicas y procedimientos consolidados, como la tutela para las personas mayores de edad y la incapacidad entre otras<sup>39</sup>.

La Ley 8/2021, de 2 de junio no ha hecho referencia ni ha modificado algunas leyes, sobre todo las referidas a la reproducción humana o a los derechos del paciente, en cuanto al consentimiento informado, que equivale a la manifestación de voluntad en derecho civil y que constituye una de las expresiones de expresión volitiva más significativas en materia de salud, no obstante que en el Preámbulo ya se significa la importancia de los temas de salud y se critican los códigos decimonónicos por su corte patrimonialista<sup>40</sup>.

Retomando algunas de las normativas más significativas en este sentido y repasando a fecha en que se publica este trabajo no se hace mención a la cuestión de los derechos de los pacientes en general y tampoco al acceso a las técnicas de reproducción asistida en supuestos de persona con alguna discapacidad, que dada la situación específica podría acceder a éstas.

Téngase en cuenta que la Ley 8/2021 ha establecido el tránsito de un sistema proteccionista de las personas con discapacidad al establecimiento del libre desarrollo de la personalidad y el desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad, como manifestación de la libertad de las personas, que históricamente al decir de la doctrina la persona era privada de la capacidad de decidir en determinados ámbitos, por ejemplo la esfera patrimonial (clásica en

---

<sup>38</sup> Vid. ALCAÍN MARTÍNEZ, E., «Artículo primero. Modificación de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862», *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal*, Volumen III, Serie de la Discapacidad, GUILARTE MARTÍN CALERO, C. (dir.). Thomson Reuters, Aranzadi, 2021, p. 83.

<sup>39</sup> Vid. COBAS COBIELLA, M.E., *Derecho de sucesiones. Bases para una reforma*, Cizur Menor, Navarra, Thomson Reuters, Aranzadi, 2022, p. 248.

<sup>40</sup> Cfr Preámbulo de la ley.

estos temas)<sup>41</sup> y ello se propagaba a todos los espacios de decisión de la persona ( personales, familiares, esfera de la salud)<sup>42</sup>.

Tomando como precedente lo anteriormente expuesto, el nuevo sistema impide que en la práctica se puedan producir estas situaciones, dado que el artículo 269 del CC prohíbe la inclusión en las medidas judiciales la privación de derechos, y de otra porque las medidas de apoyo que se traducen en el acompañamiento pasa a constituirse en la fórmula principal y determinante que facilita la toma de decisiones por parte de la persona, a tenor de lo que prevé el artículo 250.2 del CC.

La Ley 8/2021 no ha reformado la normativa en materia de reproducción asistida humana y esto es un olvido voluntario o involuntario peligroso en esta materia. La cuestión de la salud y los derechos reproductivos de forma natural no natural, no es una cuestión baladí, porque afecta a los hijos nacidos bajo estas técnicas, a la familia e incluso a la sociedad. Es un tema de responsabilidad que no es posible soslayar.

A lo que cabe añadir que si la finalidad de la normativa es dar voz a las personas con discapacidad, con más razón debió extenderse de forma explícita a la materia de la salud, y a cualquier norma que se imbricara con los derechos de las personas, potenciando la igualdad de las personas, el acceso en igualdad de oportunidades con vistas a dar cumplimiento a los artículos 9, 10, 14 y 49 de la Constitución Española y a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España <sup>43</sup>.

En este sentido abordando las medidas de apoyo que conforman el nuevo sistema ( voluntarias, legales y judiciales) las cuales parten del respeto de la voluntad, deseos y preferencias que como dice la doctrina no es solamente un principio, sino que se erige como canon de interpretación, y vertebrada todo el sistema, de manera que la autodeterminación es la fuente principal y por tanto preferente en sede

---

<sup>41</sup> El subrayado es de la autora del trabajo.

<sup>42</sup> Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Artículo segundo. Modificación del Código Civil», en *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal*, Volumen III, Serie de la Discapacidad, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C (dir.), Thomson Reuters, Cizur Navarra, Aranzadi, 2021, p. 515.

<sup>43</sup> Téngase en cuenta lo previsto en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. «BOE» núm. 289, de 03/12/2013.

de medidas de apoyo, y sólo en defecto de ésta, es que procede la articulación de las medidas legales o judiciales, nos encontramos con una disyuntiva, que pasa seguramente en muchos ámbitos de la vida al aprobarse la ley, pero que en sede de derechos del paciente resulta potencialmente peligrosa y sin resolver por lo menos a efectos legislativos, es la dación del consentimiento informado, que es uno de los puntos controvertidos en sede de salud, clave en sede de fecundación in vitro y básica en lo que se refiere a la autonomía del paciente y los derechos y obligaciones que tiene.

Entre algunas de las normas que han permanecido sin reformas, tenemos a manera de ejemplo y por la relación directa con el trabajo, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica<sup>44</sup>, la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica<sup>45</sup>.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica regula dentro de las definiciones el consentimiento informado entendido como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud<sup>46</sup>.

En cuanto a lo concerniente al respeto de la autonomía del paciente, el artículo 8 en relación a la dación del consentimiento informado señala que toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso. Estableciendo en el artículo 9 el consentimiento por representación en determinados supuestos como cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. O cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.

---

<sup>44</sup> «BOE» núm. 274, de 15/11/2002.

<sup>45</sup> «BOE» núm. 159 de 04 de Julio de 2007.

<sup>46</sup> «BOE» núm. 274, de 15/11/2002.

La categoría de representación, así como la de capacidad modificada judicialmente que aparecen constantemente en la normativa, ya no se ajustan a la terminología y al sentir de la Ley 8/2021. Téngase en cuenta además que la categoría de la capacidad modificada judicialmente igualmente se ha suprimido en la Ley 8/2021<sup>47</sup>.

En cuanto a la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, en el apartado de Principios generales y requisitos de información y consentimiento sigue manteniendo la categoría de representante legal, así como la resolución judicial de incapacitación<sup>48</sup>. Así por ejemplo en el artículo 20 referido a la protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento se hace referencia a la incapacidad de obrar y a la resolución judicial de incapacitación<sup>49</sup>.

En el Capítulo I dedicado a la donación de embriones y fetos humanos, destaca lo dispuesto en el artículo 29 que en orden a los requisitos relativos a la donación mantiene las categorías de incapacidad y el de representantes legales, siguiendo la tónica anterior a la reforma<sup>50</sup>.

Los análisis genéticos, cuestión de actualidad por la medicina personalizada o de precisión, vuelven a aparecer categorías como tutor o representante legal, a tenor de lo previsto en el artículo 51 de la Ley 14/2007<sup>51</sup>.

La ley de reproducción asistida tampoco ha sido objeto de modificación, conservando el marco conceptual anterior a la reforma, manteniendo categorías como la capacidad de obrar en el articulado.

El artículo 5. 6 de la Ley de Reproducción Asistida mantiene regula que los donantes deberán tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. El concepto de capacidad de obrar se mantiene en la regulación referida a la donación de gametos, la cual no es cuestión superficial, porque aunque la donación es anónima, y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su

---

<sup>47</sup> Cfr Artículo séptimo. Modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, «Veinte. Sustitución de términos».

<sup>48</sup> Cfr artículo 13.

<sup>49</sup> Cfr artículo 20.

<sup>50</sup> Cfr citado artículo 29 en cuanto a los requisitos relativos a la donación.

<sup>51</sup> Cfr Artículo 51.

caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan, los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones. Incluso y aunque de forma excepcional y en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. No obstante que dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes, es una cuestión a tener en cuenta.

El artículo 6 de la Ley de Reproducción Asistida que regula el acceso a las técnicas y los usuarios de la misma en el apartado primero señala que tendrán derecho a las mismas toda mujer mayor de 18 años de edad y con plena capacidad de obrar, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a la utilización de estas de manera libre, consciente y expresa. A lo que se une el derecho a saber expresado en la información que se le proporcione.

En cuanto a la determinación legal de la filiación, el artículo 8 recrea la nota decisiva del consentimiento en esta materia, ya que concedido por parte de la mujer progenitora y del marido, impiden la impugnación de la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación.

La crioconservación de gametos y preembriones también se sustenta en el consentimiento informado, que es la base del destino de éstos<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> Cfr artículo 11. 4, 5, 6 y 7 en cuanto a los posibles destinos de los preembriones y gametos.

Las técnicas terapéuticas en el preembrión, parten del requisito de la información debida sobre los procedimientos, pruebas diagnósticas, posibilidades y riesgos de la terapia propuesta y las hayan aceptado previamente<sup>53</sup>.

En cuanto la utilización de preembriones con fines de investigación, previsto en la ley sólo se autorizará si se cuenta con el consentimiento escrito de la pareja o, en su caso, de la mujer, previa explicación pormenorizada de los fines que se persiguen con la investigación y sus implicaciones. Dichos consentimientos especificarán en todo caso la renuncia de la pareja o de la mujer, en su caso, a cualquier derecho de naturaleza dispositiva, económica o patrimonial sobre los resultados que pudieran derivarse de manera directa o indirecta de las investigaciones que se lleven a cabo. La información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad. Téngase en cuenta que la cuestión de la accesibilidad y la comprensión de las personas con discapacidad, si bien pudiera utilizarse como argumento para favorecer las decisiones basadas en la voluntad y en la preferencia, no constituye un marco legal suficiente de aplicación de las nuevas directrices<sup>54</sup>. En igual sentido el artículo 16 en lo que a conservación y utilización de los preembriones para investigación en cuanto a la función del consentimiento y de la información<sup>55</sup>.

Vista la normativa en la materia de manera general, cabe señalar que ha mantenido inalterable el marco conceptual clásico y anterior a la promulgación y entrada en vigor de la Ley 8/2021. Cabría la siguiente interrogante ¿Es posible aplicar a supuestos de hecho futuros en sede de reproducción asistida lo previsto en la Ley 8/ 2021?, léanse medidas de apoyo por ejemplo. Al tratarse de una norma vigente y no modificada, no parece factible. Esto por una parte.

Por otra parte, estamos en presencia de un tema complejo y de responsabilidad cómo es traer descendencia al mundo. En supuestos determinados ¿serían suficiente los deseos y el acompañamiento para la toma de decisiones, y prestación de consentimiento informado para

---

<sup>53</sup> Cfr artículo 13 de la citada ley.

<sup>54</sup> Cfr artículo 15 de la citada ley.

<sup>55</sup> Cfr artículo 16 de la citada ley.

acceder a las técnicas? Sobre todo si el consentimiento informado es una manifestación libre de voluntad y sobre todo consciente.

La delicadeza de este tema me impide en principio, hacer afirmaciones categóricas. Habrá en cualquier caso que atenerse a cada supuesto en concreto y a la situación de la persona con discapacidad. No se adapta a la realidad actual, vetar la libertad de las personas<sup>56</sup>, esto es fundamental, pero no puedo dejar de poner en contexto la relevancia de tener un hijo, que no sólo es concebirlo, es educarlo y esto es una responsabilidad que no debemos de ignorar. A lo que se une y puntualizo que el espíritu de la norma es entre muchas cuestiones todas válidas, no sólo excluye la posibilidad de limitar la capacidad de las personas, esto es un referente, pero sobre todo aclara que las medidas de protección tienen como finalidad permitir el desarrollo pleno de la personalidad, sobre el respeto, la dignidad de la persona y teniendo en cuenta el cumplimiento de determinados principios: el de necesidad y el de proporcionalidad<sup>57</sup>.

El legislador debió en este sentido hacer las pertinentes modificaciones en sede de leyes de salud y en concreto en la Ley de Reproducción Asistida. Porque si precisamente de lo que se ha tratado con el impulso de la normativa es una trato por igual, no se ha logrado en esta materia. Con independencia de que los tribunales tengan que aplicar la ley con las interpretaciones que puedan hacer y hasta un alcance determinado.

La determinación y la voluntad de las personas es una de las líneas metodológicas de la Ley 8/2021.

La capacidad jurídica ha absorbido a la capacidad de obrar, la voluntad y deseos de las personas prevalece para dar cumplimiento a la Convención que ha marcado la ley ha puesto nuevamente en un plano principal la autonomía de la voluntad, la cual se identifica tradicionalmente con el poder que tiene la persona de

---

<sup>56</sup> “Las personas con discapacidad, tienen los mismos derechos que el resto. Se quiere preservar su dignidad. No son ciudadanos de segunda. Y en el caso de las personas con enfermedad mental, la sociedad debe abordar su situación con menos prejuicios. Las limitaciones de cada individuo no deben ser un obstáculo para el pleno reconocimiento y desarrollo de su capacidad, ejerciendo sus derechos en la mayor medida posible”.Roj: SAP Badajoz 1369/2022, de 25 octubre 2022. Id Cendoj: 06015370022022100792.

<sup>57</sup> Vid. BARBA, V., «Capacidad para otorgar testamento, legitimarios y protección de la persona con discapacidad», en *La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico*, GARCÍA RUBIO, M.P. (coord.), N.º 31, de 1 de julio de 2021, *La Ley, Derecho de Familia*, Editorial Wolters Kluwer, p. 3.



autodeterminación y autorregulación. Esto supone el ámbito de decisión y de actuación en el plano jurídico y se relaciona directamente con la libertad y la dignidad de las personas, que son las que posibilitan, que cada persona sea un mundo, y que en el ámbito del Derecho civil se traduzca en la libertad que tiene el individuo de elegir su propia norma, y la aplicación de la misma<sup>58</sup>.

La autonomía privada incide en la libertad individual de las personas, en la ordenación de la vida privada de las personas y afecta el ámbito civil, el familiar, a su vez la autonomía de la voluntad encuentra en el consentimiento informado en materia de salud la correspondencia, es el mecanismo que apoya la manifestación de una voluntad libre y consciente. Razón por la cual en sede de salud la autonomía de la voluntad, encuentra el respaldo en la dación del consentimiento. Un consentimiento dado sin los requerimientos de la ley conllevaría la nulidad de las actuaciones en sede de salud. La cuestión sería y opino que es una responsabilidad legislativa no extender la reforma a las normas que disciplina la materia.

«La reforma que ha traído consigo la Ley 8/2021 ha supuesto muchos cambios y conflictos en la regulación del consentimiento informado de las personas con discapacidad, pese a que la reforma no modifica directamente ningún artículo referente a este ámbito. De hecho, precisamente por ello, han surgido todos los conflictos y confusiones. El legislador no puede pretender modificar todo el ámbito de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad olvidándose del consentimiento informado, donde la capacidad ocupa un lugar fundamental y, pese a ello, lo ha hecho. Es por ello que ha sido la doctrina la que ha tenido que suplir su incompetencia y asumir la ardua tarea de encontrar un equilibrio entre dos legislaciones que se ven obligadas a convivir y que, sin embargo, se rigen por principios tan contrarios entre sí»<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> COBAS COBIELLA, M.E, «La mediación y la autonomía de la voluntad. Notas introductorias sobre la cuestión», *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario: Cuestiones de actualidad*, ORTEGA GIMÉNEZ, A., y COBAS COBIELLA, M.E (coords), *Economist& Jurist*, 2013, p.92.

<sup>59</sup> GARCÍA GARRIDO, A., «Prestación de consentimientos médicos-sanitarios por personas con discapacidad», *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, no 41, 2022, p. 129.

## Bibliografía

ABELLÁN, F., «El estatuto jurídico del embrión en España: de la ley de reproducción de 1988 a la clonación terapéutica de nuestros días», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 28, julio-diciembre 2008, pp. 59-83.

ALCAÍN MARTÍNEZ, E., «Artículo primero. Modificación de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862», *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal*, Volumen III, Serie de la Discapacidad, GUILARTE MARTÍN CALERO, C (dir.), Thomson Reuters, Aranzadi, 2021, pp. 82-97.

ALKORTA IDIAKEZ, I., *Regulación jurídica de la medicina reproductiva*, Editorial Aranzadi, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2003, pp. 7-460.

ARAGÓN GÓMEZ, C., «La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la sala de lo social del tribunal supremo con respecto a las prestaciones por maternidad», *Revista de Información Laboral num.4/2017* parte Art. Doctrinal Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2017, pp. 23-55.

BARBA, V., «Capacidad para otorgar testamento, legitimarios y protección de la persona con discapacidad», en *La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico*, GARCÍA RUBIO, M.P (coord.), N.º 31, de 1 de julio de 2021, *La Ley, Derecho de Familia*, Editorial Wolters Kluwer.

CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humanas*, Editorial Bosch, Barcelona, 1995.

COBACHO GÓMEZ, J.A., «Disposiciones Generales, artículo 1», en *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2007, pp. 23-29.

COBAS COBIELLA, M.E, Bolaños Weiss., «Nuevas tecnologías de la reproducción humana. Problemática ética y legal», *Bioética desde una perspectiva cubana*, Editorial Félix Varela, La Habana, Cuba, 1997, pp. 221-227.

COBAS COBIELLA, M.E., «Bioética y sucesión mortis causa», en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, ALVENTOSA DEL RÍO, J. y COBAS COBIELLA, M.E (dirs.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 1147-1258.

COBAS COBIELLA, M.E., «Reproducción asistida, derecho a la salud y edad: algunas reflexiones», *Construyendo la igualdad: la feminización*

*del derecho privado*: Carmona III / INFANTE RUIZ, F.J, OTERO CRESPO, M, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ; M. A, (coords.), TORRES GARCÍA, T.F (dir.), 2017, pp. 37-55.

COBAS COBIELLA, M.E., « La mediación y la autonomía de la voluntad. Notas introductorias sobre la cuestión» *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario: cuestiones de actualidad / ORTEGA GIMÉNEZ, A, Y COBAS COBIELLA, M.E (coords.), Economist& Jurist*, 2013, pp. 81-104.

COBAS COBIELLA, M.E., «La llamada reproducción asistida *post mortem*. Algunas reflexiones», *Actualidad Civil* n.º 6, junio 2017, N.º 6, 1 de junio de 2017, pp. 68-83.

COBAS COBIELLA, M.E., «Gestación subrogada. Cuando la realidad social supera a la realidad jurídica», en *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A (coord.), y LLEDÓ YAGÜE, F (Dir.), Dykinson, Madrid, 2019, pp. 507-534.

COBAS COBIELLA, M.E., « Gratuidad de los actos jurídicos», *Actualidad Civil*, número 5, 2020, pp.1- 26.

COBAS COBIELLA, M.E., *Derecho de sucesiones. Bases para una reforma*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2022, pp. 17-299.

DÍAZ ROMERO, M.D. R: «La gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español», Monografías. *Autonomía de la Voluntad y Contrato de Gestación Subrogada: Efectos Jurídicos*. Editorial Aranzadi, S.A.U., Enero de 2018.

DIEZ PICAZO, L y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil, Derecho de familia. Derecho de Sucesiones*, Volumen IV, Décima Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2008, pp. 27-555.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., «Reproducción humana asistida», *Revista Boliviana de Derecho* n.º 8, julio 2009, pp. 192-211.

DURÁN YAGO, A., «Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Pleno, 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (ROJ: STS 247/2014 Reseñas de jurisprudencia. Gestación por Sustitución: Problemas en la Determinación De la filiación en España» (enero-junio 2014), *Ars Iuris Salmanticenses*, vol. 2, diciembre 2014, pp. 277-282.

FEMENÍA LÓPEZ, P., *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*, McGraw-Hill, Madrid, 1999.

FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., «Premoriencia del marido», *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, COBACHO GÓMEZ, J.A. (dir.), e INIESTA DELGADO, J.J.

(coord.), Thomson Aranzadi, 2007, Cizur Menor, Navarra.

FERRER VANRELL, M. P., «Comentario jurídico, Artículo 10, Gestación por Sustitución», *Comentarios Científicos- Jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, LLEDÓ YAGÜE, F. (dir. jurídico.), OCHOA MARIETA, C. (dir. científico) Y MONJE BALMASEDA, O. (coor.), Editorial Dykinson, Madrid, 2007, pp.159-166.

GARCÍA ABURUZA, M. P., «A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada». *Revista Aranzadi Doctrinal num.8/2015 parte Estudios*, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2015, pp. 97-111.

GARCÍA GARRIDO, A., «Prestación de consentimientos médicos-sanitarios por personas con discapacidad», *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, no 41, 2022, pp. 115-131.

GARCÍA PÉREZ, C.L., «Artículo 10. Gestación por sustitución», *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, COBACHO GÓMEZ, J.A. (dir.) y INIESTA DELGADO, J.J., (coord.), Thomson Aranzadi, 2007, pp. 363-394.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Artículo segundo. Modificación del Código Civil», *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal*, Volumen III, Serie de la Discapacidad, GUILARTE MARTÍN CALERO, C. (dir.). Thomson Reuters, Aranzadi, 2021, pp.511-527.

HERNÁNDEZ IBAÑEZ, C., «La Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida: consideraciones en torno a la fecundación post mortem y a la maternidad subrogada», en *Actualidad Civil*, 1988.

HERNÁNDEZ YAGO, J., «El proyecto del genoma humano», *Cuadernos de Bioética, Vida humana y técnica en las fronteras de la ciencia*, Editorial Grupo de Investigación en Bioética en Galicia, Volumen V, No 20, 4ª, 1994, pp. 285-296.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Colección Jurídica General, Monografías, Madrid, 2012, pp. 9-199.

LLEDÓ YAGÜE, F., *Fecundación artificial y derecho*. Tecnos, Madrid, 1988, pp. 11-207.

LLEDÓ YAGÜE, F., «La filiación en la gestación subrogada: el estado de la cuestión (1988-2019) » en *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A (coord.), y LLEDÓ YAGÜE, F (dir.), Dykinson, Madrid, 2019, pp. 29-33.

MARTIN MATEO, R., *Bioética y Derecho*, Editorial Ariel, 1987, pp. 9-189.

MINGUEZ, Y., y GARCÍA-VELASCO, J.A., «Situación jurídica: comparación con países del entorno », en Libro Blanco Sociosanitario, *La Infertilidad en España: Situación Actual y Perspectivas*, F. DEL CAMPO MARTIN, A (dir.), 2011, pp.97-111.

MATORRAS, R y CRISOL, L., «Fertilidad e Infertilidad humanas», *Sociedad Española de Infertilidad*, F. DEL CAMPO MARTIN, A ( dir.), 2011, pp. 31-41.

MONTÉS PENADÉS, V.L., «El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana», en *La Filiación a finales del siglo XX*, Trivium, Madrid, 1988.

OCHAGAVÍAS COLÁS, J.I., «¿Es compatible la gestación subrogada con los derechos fundamentales?», *Actualidad Jurídica Aranzadi num.945/2018 parte Cruz*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

ORTEGA GIMÉNEZ, A., COBAS COBIELLA, M.E., HEREDIA SÁNCHEZ, L.S., «Los contratos de gestación subrogada en España. A propósito del debate surgido por la paralización de las inscripciones de nacimiento por el Consulado español en Kiev». *Diario La Ley, Tribuna*, 2019, Número 9281, 2018, pp. 1-17.

OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ, E., «Artículo 2 Técnicas de reproducción asistida», en *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2007, pp. 31-39.

PANTALEÓN PRIETO, F., «Contra la Ley sobre Reproducción Asistida», en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989.

PARINI, G.A., *La responsabilità civile nelle relazioni familiari con particolare riguardo al rapporto genitori-figli*, Padova, 2009.

PASTRANA M.A., «Algunos problemas derivados de la aplicación de la ley española de técnicas de reproducción asistida», *Revista Vía Iuris* 759, núm 16, 2014, pp. 177-186.

PIZARRO MAQUEDA, M.J., «Fecundación in vitro, fallecimiento del marido y filiación», *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil num.47/2002*, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2003, pp. 1-3.

PRESNO LINERA, M. A, Jiménez Blanco, P., «Libertad, igualdad. ¿Maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencias española y europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm 51/2014, parte Estudios, Civitas, Pamplona, 2014.

REVERTE NAVARRO, A., «Consideraciones desde el punto de vista del Derecho Civil acerca de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida», Discurso de Apertura del curso académico 1992-1993, Murcia.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., La fecundación artificial post mortem, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A., «La reproducción artificial post mortem en España: Estudio ante un nuevo dilema jurídico», *Revista Boliviana de Derecho*, núm 20, julio 2015, pp.292-323.

ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho sucesorio mortis causa*, Editorial Edelce, Sevilla, 1951, pp. 1-371.

SALAS CARCELLER, A., «Gestación subrogada. Hacia una ley reguladora» *Revista Aranzadi Doctrinal num.10/2017* parte Tribuna, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2017, pp. 13-18.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., «Artículo 3. Condiciones personales de la aplicación de las técnicas», en *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Thomson Aranzadi, 2007, pp. 41-59.

VIDAL MARTÍNEZ, J., «Acerca del derecho a la protección de la salud en relación con los avances en Biomedicina desde la perspectiva del Derecho español», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número 2, febrero 2016, pp. 1- 35.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., «La naturaleza jurídica de los elementos genéticos», *Revista General de Derecho*, 1986.

# Dalle tecniche procreative all'utero artificiale: una storia di limiti e di desiderio

*Alessandra Cordiano*

**ABSTRACT:** Il lavoro ripercorre alcune tappe fondamentali della genitorialità e della maternità, fino agli approdi piú moderni delle tecniche riproduttive assistite, riflettendo sul ruolo del diritto, sulla capacità di rappresentare adeguatamente i legami parentali e sui limiti della corporeità.

**SOMMARIO:** 1. Genitorialità e maternità fra biologia e mito: cenni di un percorso fino agli approdi moderni. – 2. Disposizioni del corpo e scelte procreative nella prospettiva della salute identitaria: la genitorialità come profilo autodeterminativo. – 3. Genitorialità biologica e sociale: filiazioni «non naturali» e non genetiche. – 4. Omogenitorialità fra aspirazioni e diritto. – 5. I nuovi confini della genitorialità e l'utero artificiale.

## **1. Genitorialità e maternità fra biologia e mito: cenni di un percorso fino agli approdi moderni**

Il modello tradizionale di genitorialità è da tempo in crisi. Attestano numerose ricerche empiriche che molteplici società umane restituiscono modelli differenti ed eterogenei di «iscrizione sociale del dato biologico», ovvero del modo di divenire «genitori»<sup>1</sup>. È

---

<sup>1</sup> BULLETTI, C., FLAMIGNI, C., *Fare figli. Storia della genitorialità dagli antichi miti all'utero artificiale*, Pendragon, Bologna, 2017, pp. 7 ss.; v. anche, nella prospettiva della storia di genere, FILIPPINI N., *Generare, partorire, nascere. Una storia dall'antichità alla provetta*,

certamente vero che sul modo di essere padri e madri vi sia uno scontro culturale e, di qui, anche giuridico: uno scontro che mette in luce, secondo quanto affermato da studi antropologici e sociologici, modelli alternativi a quello occidentale; uno scontro che giunge fino alla messa in discussione del concetto naturale di maternità e paternità.

Si afferma, in questo senso, che la genitorialità sarebbe una costruzione essenzialmente simbolica, che la matrice occidentale avrebbe nondimeno condotto verso un terreno nel quale le tracce della naturalità sarebbero solo elementi di un paradigma più complesso, anche, appunto, di natura culturale<sup>2</sup>.

Guardando all'evoluzione dell'archetipo della genitorialità, insieme a quello della maternità e al ruolo della donna, si delinea un percorso ricco di significati: gli dèi, gli eroi e le figure mitologiche mostrano di riprodursi secondo i modi più bizzarri, talvolta anche solo per distinguersi dai mortali, in altre occasioni esprimendo forti concetti simbolici.

Proprio questa attestazione appare in certo modo singolare, pensando che, in effetti, salve alcune considerazioni che seguiranno, è senz'altro vero che «si nasce da un corpo di donna; tutti, uomini e donne, nascono da un corpo di donna: non c'è nascita senza la gravidanza e il parto di una donna (...). Tuttavia, questo fatto non ha trovato nella cultura occidentale un'iscrizione simbolica o un adeguato rilievo a livello rappresentativo, almeno non da quando la società indoeuropea ha imposto il proprio Olimpo maschile, declassando le Dee madri di più antica tradizione (Iside, Ishtar, Demetra)»<sup>3</sup>.

In realtà, si tratta di una prospettiva storicamente condivisa in altri mondi, in altre società: la cosmogonia indiana come quella fenicia, ad esempio, non prevede elementi antropomorfi nella creazione del mondo; il buddhismo, d'altro canto, riferisce la nascita di Buddha secondo complessi processi di partenogenesi.

Le procreazioni impossibili, che preludono alla creazione del mondo e alla nascita di strutture simboliche (la terra, il sole, il mare),

---

Viella, Roma, 2017, diffusamente.

<sup>2</sup> GRILLI, S., *Antropologia delle famiglie contemporanee*, Carocci, Roma, 2019; DI NICOLA, P., *Famiglia: sostantivo plurale*, Franco Angeli, Roma, 2010, p. 164; ZANATTA, A. L., *Le nuove famiglie*, Il Mulino, Bologna, 2008, diffusamente.

<sup>3</sup> FILIPPINI, N., *op. cit.*, p. 11; v. già RICH A., *Nato di donna. Cosa significa per gli uomini esser nati da un corpo di donna*, Garzanti, Milano, 1977, diffusamente.



sono presenti anche nel mito incestuoso degli egizi e nella storia greca dove, per citare solo alcuni dei concepimenti miracolosi, Giove costringe e inganna innocenti fanciulle in amplessi amorosi, trasformandosi in ogni genere d'animale.

Nella tradizione latina, per tutti ben illustrata nelle *Metamorfosi* di Ovidio, le gravidanze e i parti appaiono del tutto secondari: le nascite derivano da incesti, da piante o anche dall'uomo, senza il concorso della donna. Il ruolo della donna è secondario: per molti secoli della storia greca è prevalsa l'idea aristotelica secondo la quale la madre è solo un «fertile terreno» nel quale l'uomo pianta il suo seme; la donna è, perciò, tenuta a custodire il germe maschile, affinché un dio invidioso non lo colga.

Quest'idea ha ispirato a lungo il concetto di genitorialità. Nelle *Eumenidi*, Eschilo fa dire ad Apollo, chiamato a difendere Oreste matricida: «Non la madre, non lei, produce il frutto (...). Solo nutre il gonfio maturo seme. Lui, sí, il padre, che d'impeto prende. Lei come ospite all'ospite veglia sul giovane boccio, se un dio non lo schianti»<sup>4</sup>.

La maternità e, di qui, la condizione femminile non godono nella società greca di privilegi o riconoscimenti sociali e giuridici, fatti salvi l'esperienza di Saffo nell'isola di Lesbo e, in misura diversa, quel ruolo educativo tramandato da donna in donna relativo alla trasmissione delle competenze necessarie per essere una buona moglie, competenze che comunque non richiedevano una significativa vita sociale. Se la donna è collocata dalla società e dalla legge in una situazione analoga a quella di una persona giuridicamente incapace, all'uomo sono invece concessi i privilegi dell'adulterio, delle relazioni omosessuali e di quelle pederaste entro il limite (non troppo esplicito) dei legami incestuosi: disdicevoli, ma non illeciti.

Nell'età ellenistica la condizione della donna muta sensibilmente, ma, salvo qualche eccezione illustre, come quella rappresentata dalla società etrusca e cretese, il ruolo della donna, anche nella rappresentazione simbolica della riproduzione, rimane ammantato da una forte misoginia, riprodotta in regole sociali e giuridiche di emarginazione.

Solo intorno al II e I secolo a.C., forse anche a séguito di un prolungato periodo di guerre, le donne cominciano ad acquisire diritti

---

<sup>4</sup> ESCHILO, *Eumenidi*, 658-661, traduzione di E. Savino; il tema è ripreso da FILIPPINI, N., *op. cit.*, p. 18.

e a occupare spazi tradizionalmente destinati agli uomini: chiedere il divorzio, gestire il proprio patrimonio, svolgere la professione di avvocato. Ma fu un periodo limitato, sostanzialmente già chiuso con l'età imperiale.

Per molti secoli l'idea aristotelica della genitorialità (e della maternità) sopravvive, successivamente acquisita, tramite Tommaso d'Aquino, nella dottrina cattolica. L'atteggiamento cristiano nei confronti della donna è certamente influenzato, oltre che dalla tradizione greco-romana, anche dalla cultura ebraica che relega la donna a una condizione di inferiorità e subordinazione. Già nell'Antico Testamento<sup>5</sup> e fino alla tradizione medievale viene, per così dire, istituzionalizzata una sorta di asimmetria fra generi, connessa alla sessualità, alla riproduzione e a una esplicita misoginia: solo l'uomo è nato da dio, solo l'uomo è la vera gloria di dio; la donna è nata da Adamo, per essere la sua sposa; e come Cristo è a capo della chiesa, così l'uomo è a capo della donna; che ella sia un essere inferiore è ben evidente dal peccato originale, come ricorda sant'Agostino. La donna è, quindi, una creatura difettosa, idonea sí a partorire (in quello ella è guerriera, come lo è l'uomo in battaglia<sup>6</sup>) ma non a educare i propri figli<sup>7</sup>.

Solo con il Seicento si rinvengono teorie nuove e diverse in grado di incidere sul concetto di genitorialità, che sembra approdare ad una dimensione pubblica, collettiva: la riproduzione e la maternità non sono piú solo una questione solo privata - di famiglia o della Chiesa -, ma «un affare che interessa lo Stato»<sup>8</sup>.

È, tuttavia, nel Settecento che avviene il grande mutamento: prende letteralmente vita l'idea dell'istinto materno, concetto nato con le teorie dell'Illuminismo e con un progressivo riconoscimento del ruolo materno. La maternità comincia a essere narrata non piú un dovere imposto, bensí la piú alta aspirazione alla quale la donna possa tendere. Rousseau costruisce l'idea dell'istinto materno attraverso un ideale femminile di felicità e di compiutezza, attribuendo alle donne

---

<sup>5</sup> Dal *Levitico*: «Se una donna sarà rimasta incinta e darà alla luce (...) sarà impura come nel tempo delle sue mestruazioni»; sul tema, FILIPPINI, N., *op. cit.*, p. 131.

<sup>6</sup> FILIPPINI, N., *op. cit.*, pp. 2-3.

<sup>7</sup> CORDIANO, A., «The Sex of the Body Politic: Questioning the Legal Constraints on Genderism between Law and Literature», *Polemos*, 2018, pp. 5-20.

<sup>8</sup> FILIPPINI, N., *op. cit.*, p. 241, riprendendo FRANK, J. P., *Sistema compiuto di polizia medica. Traduzione dal tedesco*, Ed. Pirrotta, Milano, 1825, p. 150.

un ruolo fondamentale e degno nella società, così finendo per condannarle come imperfette, inadatte ad assolvere questo rinnovato ruolo, quando incapaci di procreare<sup>9</sup>.

Il solco tracciato dall'illuminismo trova il suo culmine nell'Ottocento, durante il quale il valore della donna e della maternità s'inquadrano nella visione romantica del mondo.

Si tratta, comunque, di teorie, anche eterogenee, che fungono da modelli di dominio e di controllo sulla donna e sul corpo della donna, quale spazio pubblico governato da un potere essenzialmente e simbolicamente maschile: come anzi detto, la nascita è ormai una questione sociale, politica, non più solo «un affare di famiglia o della Chiesa, ma è un affare che interessa lo Stato»<sup>10</sup>. «La donna gravida non è più semplice moglie del cittadino, ma in un certo modo proprietà dello Stato, il quale deve accordarle doppia protezione»<sup>11</sup>, scriveva a fine Settecento il fondatore della polizia medica Johann Peter Frank, sottintendendo un retorica del controllo che funge da viatico alla costruzione del successivo ordine giuridico di riferimento: il divieto di controllo delle nascite e, quindi, il divieto di propaganda dei mezzi di contraccezione e di interruzione della gravidanza, insieme, peraltro, ad altre disposizioni che, in fondo, altro non fanno, nei tempi a seguire, che consolidare un ordine sociale patriarcale, eterosessuale, fondato su derivazione genetica e orientato al *favor legitimitatis*, quale espressione dell'interesse superiore della famiglia<sup>12</sup>.

Il discorso del pensiero femminista del Novecento si fonda primariamente, e non a caso, sulle rivendicazioni delle libertà femminili relative alla sessualità ma soprattutto della maternità, come baluardi dell'affermazione femminista. Eppure, esso si trova a confrontarsi con un contesto ben consolidato, arduo da demolire: nelle parole della psicologia americana del tempo, si legge pertanto che «così come è biologicamente vero che una gravidanza è il prodotto della fecondazione di un ovulo per opera di uno spermatozoo, allo stesso modo è sbagliato trarne una qualsiasi definizione di paternità e

---

<sup>9</sup> ROUSSEAU, J. J., *Emilio o dell'educazione*, Mondadori, Milano, 1997.

<sup>10</sup> FILIPPINI, N., *op. cit.*, p. 241.

<sup>11</sup> FRANK, J. P., *op. cit.*, p. 150.

<sup>12</sup> FILIPPINI, N., *op. cit.*, p. 240.

di maternità, definizione che è di ordine simbolico e non di ordine biologico»<sup>13</sup>.

La teoria è ben tradotta nell'asserzione che l'istinto materno non esista, che l'essere madre non sia innato e che la maternità non abbia nulla di naturale<sup>14</sup>. L'essere figlio, così come l'essere genitore, l'aspirazione genitoriale, il desiderio gestazionale sono concetti che trascendono l'ordine biologico per accedere ad un ordine di senso, ad un simbolico, ad un costruito essenzialmente sociale e culturale. Se, pertanto, non esistono genitori se non in un ordine sociale semantico, allora va da sé che esistono diversificati modi d'essere genitori, almeno quanti sono i modelli culturali che attribuiscono senso all'essere genitori.

Come si evince, la questione è tutt'altro che definita, non solamente sul piano della rappresentazione sociale, del simbolico, dell'immaginario, ma anche su quello strettamente giuridico.

## **2. Disposizioni del corpo e scelte procreative nella prospettiva della salute identitaria: la genitorialità come profilo autodeterminativo**

Assumere come unico il modello genitoriale occidentale è insufficiente, non solo perché la genitorialità è un paradigma simbolico e sociale, di cui la biologia è un solo elemento, un processo relazionale che si costruisce con l'altro, composto di responsabilità, accudimento, cura. L'insufficienza è dettata dalla constatazione che siano altri i meccanismi che oggi intervengono nella costruzione del modello genitoriale occidentale, così che la matrice biologista risulta ormai inadeguata a rispondere interamente alle questioni che sovente insorgono e alle istanze sociali che reclamano riconoscimento e tutela.

Le conquiste scientifiche in ordine alle manipolazioni genetiche sull'individuo influenzano significativamente i confini della corporeità e i meccanismi più intimi dell'identità umana, anche quelli tradizionalmente più legati al dato di natura, come la procreazione, la maternità, la genitorialità.

---

<sup>13</sup> JAMES, W., *The Principles of Psychology*, Henry Holt and Company, New York, 1890.

<sup>14</sup> BADINTER, E., *L'amore in più: storia dell'amore materno*, Tea, Milano, 1993.

La maternità e la genitorialità esprimono, per molti versi, un filo di continuità con le questioni giuridiche attinenti alle disposizioni del corpo e con la dicotomia essenziale fra *corpo che si è* e *corpo che si ha*, segnando una linea evolutiva, talvolta conflittuale, dal generale principio giuridico del codice civile di (in)disponibilità del proprio corpo, sino ai luoghi della sua graduale e sempre maggiore disposizione: dall'integrità psicofisica, alla salute individuale, all'identità personale.

Il tema, inquadrabile tradizionalmente nel segno del progetto genitoriale e delle scelte personali in ordine alla maternità, sconfinava e scivola, talvolta con esiti incerti, nel terreno di una procreazione fortemente voluta, a tratti *forzata*, ossia nell'utilizzo del proprio corpo e degli strumenti della tecnica e della scienza per realizzare la propria scelta, il proprio ultimo e quasi estremo desiderio di procreazione, a prescindere da tutto<sup>15</sup>.

Le considerazioni che seguono hanno radici sicuramente molto più profonde, affondate in un terreno antico, nel quale la maternità era un «discorso» principalmente della donna, legato indissolubilmente con una percezione forte del proprio corpo e con gli aspetti più naturali della corporeità, trasmessa di generazione in generazione tramite il bagaglio esperienziale dalle donne. La funzione della procreazione era intrinsecamente quella della perpetuazione della vita e, in un senso di onnipotenza, della creazione di un altro da sé, realizzando così pure un'altra funzione «compensativa», consentendo alla donna di rinascere con l'atto della creazione, in una dimensione strettamente legata al dato naturale<sup>16</sup>.

È solo con l'avvento dei progressi scientifici e culturali, che il paesaggio muta radicalmente, e neppure troppo lentamente. Con l'affermarsi delle tecniche contraccettive e con le conquiste sociali dell'interruzione volontaria della gravidanza, la maternità diviene un ambito, meglio, uno degli ambiti dell'autodeterminazione personale e della disposizione del corpo: «oggetto» di una scelta, di una delle scelte realizzabili nel mondo delle possibilità procreative. Per altro verso, la maternità si scioglie dal legame forte con la dimensione femminile, per

---

<sup>15</sup> VIVIANI, D., «Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata: le emozioni in gioco», *Studi di sociologia*, 2020, p. 1827.

<sup>16</sup> CAVARERO, A., «Dire la nascita», in DIOTIMA (dir.), *Mettere al mondo il mondo. Oggetto e oggettività alla luce della differenza sessuale*, La Tartaruga, Milano, 1990, pp. 115 ss.

diventare un «discorso» di coppia: la maternità diventa un progetto genitoriale che si realizza insieme. Così avviene che la coppia acceda alla fecondazione artificiale e persino alla maternità per surrogazione; chieda le diagnosi prenatali e quelle preimpianto; scelga di conservare gli embrioni e le cellule del proprio cordone ombelicale; decida per la sterilizzazione procreativa.

Questa dimensione nuova della genitorialità, in luogo di una maternità per alcuni aspetti dismessa, sembra perdere irreparabilmente quel nucleo proprio di naturalità, per divenire un fatto prettamente autodeterminativo, sociale e psichico. Il corpo, e gli aspetti più tradizionali della corporeità - quali la gestazione, l'allattamento, il parto naturale -, da «luoghi» anche metaforici in cui si realizza la procreazione, divengono strumento per realizzare la scelta, in una inusitata relazione fra il soggetto e la sua stessa corporeità e integrità fisica, provocando altresì un forte smarrimento. Il passaggio ad una logica autodeterminativa consente il riconoscimento di un ampio margine di autonomia e di disponibilità del soggetto nei riguardi di sé, anche valicando i confini della corporeità; si tratta però di un passaggio radicale che impone, al contempo, una rigorosa valutazione del giurista sulle manipolazioni del corpo alla luce del principio di dignità della persona<sup>17</sup>.

Lo scenario, e in ciò si rileva un secondo profilo, in questa prospettiva appare mutato: se nell'ambito tradizionale della maternità - come passaggio essenzialmente individuale, incardinato sul terreno della propria corporeità -, il conflitto socio-giuridico era risolvibile attraverso le esigenze individuali e la tutela delle libertà del soggetto, oggi la dimensione progettuale, psichica, autodeterminativa della genitorialità si svolge nello scenario della tecnica, dell'ingegneria genetica e delle manipolazioni del patrimonio ereditario. In un contesto dove i confini dello stesso "umano" sono diventati "mobili", i limiti della corporeità si sono fatti ulteriormente più evanescenti e l'immagine del corpo come entità governata unicamente

---

<sup>17</sup> Dice, ancora FILIPPINI, N., *op. cit.*, p. 299, che la procreazione assistita sia uno degli elementi più radicali della trasformazione nel campo della genitorialità e della maternità, «perché attraversa molteplici piani dell'esperienza umana (dell'immaginario, del simbolico, della rappresentazione) e perché mette in atto cambiamenti profondi che investono, oltre che la maternità e la nascita, anche i ruoli sessuali e la famiglia, sollevando una serie di problemi bioetici».

dall'interessato «si appanna fino a scomparire»,<sup>18</sup> richiedendo nuovi strumenti di tutela e la rivalutazione costante delle categorie giuridiche, anche di quelle piú assodate.

### 3. Genitorialità biologica e sociale: filiazioni «non naturali» e non genetiche

La diversificazione del modello familiare tradizionale, altro profilo dell'autodeterminazione personale, porta con sé un fenomeno ormai consolidato nel panorama giuridico contemporaneo, traducibile nell'attestarsi a livello europeo ed extraeuropeo di una nuova forma di *genitorialità sociale*, per certi versi equiparata alla genitorialità biologica<sup>19</sup>. Nella c omposita fenomenologia familiare, della quale quella adottiva è il piú antico esempio, possono essere ricomprese sia le ipotesi nelle quali manca un progetto genitoriale condiviso al momento della costituzione del rapporto affettivo (come nelle famiglie cosí dette allargate); sia situazioni nelle quali il progetto familiare è condiviso *ab origine*: si tratta di quelle famiglie costituite mediante l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita eterologa o con il ricorso alla maternità surrogata, talvolta coincidenti con una famiglia omogenitoriale<sup>20</sup>.

A prescindere dalle peculiarità con cui i singoli ordinamenti disciplinano queste forme familiari, esse evidenziano, in tutto o in parte, la mancanza della discendenza biologica: attraverso un accordo fra i soggetti coinvolti e l'assunzione della responsabilità genitoriale, il

---

<sup>18</sup> RODOTÀ, S., «Il corpo e il post-umano», in RUSCELLO, F. (dir.), *Studi in onore di Davide Messinetti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008, p. 841.

<sup>19</sup> D'ANGELO, A., «La famiglia nel XX secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte», *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 13; GORGONI, A., «La rilevanza della filiazione non genetica», *Pers. merc.*, 2017, pp. 153-186.

<sup>20</sup> Sul tema, UCCELLA, F., «Dalla famiglia pluriematica alla famiglia putativa come soggetto giuridico: prime considerazioni», *Famiglia*, 2005, pp. 448-459; CORDIANO, A., «Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive», *Comparazione e diritto civile*, 2012, pp. 1-23; STANZIONE, M. G., *Filiazione e «genitorialità». Il problema del terzo genitore*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 109 ss.

progetto genitoriale è costituito e condiviso *ab origine* e, per questo, l'interesse del minore (se le pratiche sono ammesse) è presunto dalla presenza (e, ove ciò sia, dalla duplicità) della figura genitoriale, a cui è riconosciuta dalla legge ogni funzione parentale.

È percepibile, nei termini descritti, come il fenomeno della genitorialità sociale, oltre alla sua stretta connessione con le nuove costellazioni familiari, sia altrettanto collegato con i progressi della scienza e della tecnica rispetto alle possibilità di manipolare e di disporre del proprio corpo: la crescente acquisizione di tecniche scientifiche è in grado, infatti, di investire potentemente gli aspetti relativi alla maternità e alla genitorialità<sup>21</sup>.

Questa incessante progressione, iniziata con l'introduzione della legge sull'interruzione volontaria della gravidanza, passando per i metodi contraccettivi e nelle diagnosi prenatali e preimpianto, trova nelle tecniche di procreazione assistita<sup>22</sup> e nella *surrogacy*<sup>23</sup> fattispecie di altissima complessità, in grado di cambiare profondamente la relazione dell'individuo con la propria corporeità e con la propria identità anche in una prospettiva piú generale, su un piano antropologico di *esseri di genere*,<sup>24</sup> oltre a mettere in discussione il paradigma dominante e tradizionalmente ordinatore della genitorialità biologica, composta di eterosessualità, derivazione genetica, gestazione e parto.

Già nelle tecniche di procreazione assistita, pur svincolate dal divieto relativo all'eterologa<sup>25</sup>, si evidenzia questa scissione fra gli

---

<sup>21</sup> Cfr. CORDIANO, A., *Identità della persona e disposizioni del corpo*, Aracne, Roma, 2011, p. 235.

<sup>22</sup> Sulla legge n. 40 del 2004, *ex multis*, SALANITRO, U., «La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita», *Familia*, 2004, pp. 489-514; D'AVACK, L., «La legge sulla procreazione medicalmente assistita: un'occasione mancata per bilanciare valori ed interessi contrapposti in uno stato laico», *Dir. fam. pers.*, 2004, pp. 793-812; RUSCELLO, F., «La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita», *Fam. pers.*, 2004, pp. 628-642.

<sup>23</sup> In tema, già PONZANELLI, G., «Il caso Baby M., la surrogate mother e il diritto italiano», *Foro it.*, 1988, pp. 97-103; CORTI, I., *La maternità per sostituzione*, Giuffrè, Milano, 2000, diffusamente; ZATTI, P., «Maternità e surrogazione», *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, pp. 193-202.

<sup>24</sup> Sono parole di HABERMAS, J., *Il futuro della genetica umana. I rischi di una eugenetica liberale*, Einaudi, Torino, 2001, pp. 31 ss.

<sup>25</sup> Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, con nota di



elementi costitutivi del processo procreativo, laddove, accanto alle tradizionali e piú conosciute forme di procreazioni omologa ed eterologa, si affiancano la meno nota ipotesi di fecondazione interamente eterologa (con donazione di gameti su entrambe le linee germinali) e quella incrociata della coppia lesbica, dove la madre genetica, donatrice dell'ovulo, è la convivente della madre partoriente e giuridica, per creare un legame simbolico dettato dalla discendenza biologica, soprattutto quando l'ordinamento non riconosce le genitorialità omosessuali.

Nella maternità surrogata, con modalità ancor piú dirompenti, il piano naturalistico della maternità, ossia quello della gestazione e del parto, si dissocia da quello volontaristico, relativo alla costituzione del progetto familiare e alla costruzione di un legame coinvolgente, e da quello identitario della derivazione biologica, che può mancare in tutto o in parte.

Tralasciando le numerose modalità di regolamentazione del fenomeno che vi sono nel mondo, vi sono in effetti molti modi in cui la maternità per surrogazione può atteggiarsi:<sup>26</sup> può accadere infatti che la derivazione genetica coincida totalmente, se la coppia committente eterosessuale conferisce entrambi i gameti; ovvero solo in parte, quando la coppia etero oppure omosessuale conferisce solo una linea germinale di una/un partner della coppia e l'altra linea è conferita da un donatore o da una donatrice; ovvero, ancora, la derivazione genetica può essere del tutto assente, sia per la coppia eterosessuale sia per quella omosessuale, quando evidentemente il materiale genetico sia interamente fornito da terzi estranei alla coppia.

Va precisato che i paesi che disciplinano la maternità surrogata tendono ad escludere che la madre gestante-surrogata coincida con la madre genetica (che fornisce l'ovulo), perché il rischio è che il legame psicologico, che ordinariamente si crea con il tempo della gestazione, si associ a un legame simbolico fra gestante e feto, collegato alla trasmissione del patrimonio genetico.

---

FERRANDO G., «Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa», pp. 393-408.

<sup>26</sup> CORDIANO, A., «La tutela dell'interesse del nato da maternità surrogata fra (in)disponibilità del corpo e aspirazioni genitoriali», in MOTA H., GUIMARAES R. (dirs.), *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 739-758.

Ciò che caratterizza, in ogni modo, la surrogazione di maternità è il contributo eventuale del patrimonio genetico di terzi, e quello imprescindibile del corpo e della capacità procreativa della madre surrogata che sostanzia il divieto della l. 19 febbraio 2004, n. 40<sup>27</sup>.

Si tratta di un'esemplificazione che mette in luce potentemente come il modello di genitorialità biologica (che è connessa con la gestazione e il parto, e che concorre con il paradigma dell'eterosessualità e della derivazione genetica) sia affiancato a quello sociale, evidenziando altresì come, alla presenza di regole interne codificate nel segno della biologia e, tendenzialmente, della derivazione genetica, si contrappongono modelli riproduttivi, occasionati e consentiti dalle recenti tecniche scientifiche, che impongono di ridiscutere senza apriorismi il sistema attestato<sup>28</sup>.

Lo dimostrano anche altri esempi emblematici, che in qualche modo mettono in discussione i paradigmi della riproduzione come connessa alla sessualità e all'eterosessualità come elemento essenziale: in tal senso, se la clonazione riproduttiva è bandita, benché potrebbe consentire di superare gli ostacoli alla maternità per surrogazione, già si portano avanti progetti di ricerca per condurre a maturazione ovociti primordiali recuperati da materiale abortivo o residuati da procreazioni assistite, donato spontaneamente; si tratta di materiale derivante da aborti volontari e da donne che hanno dato il loro consenso a scopi di ricerca e di sperimentazione.

Se quegli embrioni derivanti da aborti - ovvero, se fosse giuridicamente possibile, residuati da tecniche procreative dismesse o magari andate a buon fine - fossero portati a maturazione e poi fino alla nascita, ciò potrebbe aprire la strada ad adozioni prenatali a favore di soggetti sterili. E se quegli ovociti potessero essere utilizzati per far nascere bambini, si avrebbero riproduzioni geneticamente derivanti da una «madre inesistente» ovvero da donne che cederebbero alla scienza o ad altre donne il frutto della propria corporeità, sottendendo istanze prettamente solidaristiche.

---

<sup>27</sup> CANESTRARI, S., «Procreazione medicalmente assistita», *Diritto penale e processo*, 2000, pp. 1293-1297.

<sup>28</sup> Si pensi al celebre "Caso Pertini" di incrocio di embrioni fra due coppie, su cui BUGETTI, M. N., «Scambio di embrioni e attribuzione di paternità», *Fam. dir.*, 2014, pp. 929-942.

L'invasione, peraltro non necessariamente negativa, della scienza nelle tecniche riproduttive è indubitabile: la scienza può offrire grandi vantaggi anche attraverso il congelamento di gameti (che salvaguarda da future sterilità derivanti, ad esempio, da patologie), così come con la correzione cromosomica: ipotesi, quest'ultima, ancora lontana ma potenzialmente di grande beneficio, benché rinnovi in maniera potente le note questioni eugenetiche<sup>29</sup>.

#### 4. Omogenitorialità fra aspirazioni e diritto

La significativa diversificazione del modello familiare tradizionale, di cui s'è detto, ha portato con sé anche l'attestazione, a livello europeo ed extraeuropeo, di una forma di genitorialità *sociale*<sup>30</sup> rappresentata dalle famiglie omogenitoriali, fattispecie nelle quali il progetto familiare è certamente condiviso *ab origine* e dove la filiazione è forzatamente creata attraverso tecniche procreative assistite eterologhe ovvero mediante la gestazione per altri o *surrogacy*.

Si tratta tuttavia di una questione altamente complessa per le coppie omoaffettive, per le quali, se è vero che il percorso adottivo di minori in stato di abbandono resta una delle strade possibili (nei paesi dove questo è chiaramente ammesso); è altrettanto vero che le tecniche assistite (di p.m.a. per le coppie lesbiche e di gestazione per altri per tutta la filiazione omogenitoriale) sono l'unica modalità per realizzare un progetto genitoriale condiviso, certamente forzato ma in qualche misura «naturale».

Al contempo, però, il divieto di cui all'art. 5 della l. n. 40 del 2004 (che vieta il ricorso alle tecniche assistite a coppie non eterosessuali, come anche a persone sole) e, vieppiú, quello di surrogazione di maternità di cui al sesto comma dell'art. 12 della stessa legge, rendono l'accesso a dette tecniche arduo sia quanto al suo ricorso, che evidentemente è precluso in Italia e va percorso nei paesi dove esse sono lecite e regolamentate; sia quanto al mantenimento e alla

---

<sup>29</sup> BULLETTI, C., FLAMIGNI, C., *op. cit.*, in particolare p. 97.

<sup>30</sup> D'ANGELO, A., *op. cit.*, pp 13 ss. Sulla giurisprudenza della Corte Edu in argomento, STANZIONE M. G., «Rapporti di filiazione e "terzo genitore": le esperienze francese e italiana», *Fam. dir.*, 2012, pp. 204 ss.

circolazione dello *status filiationis* acquisito all'estero, che oggi ottiene riconoscimento in Italia non senza alcune criticità, che andrebbero al più presto risolte<sup>31</sup>. Non può tacersi di una certa fatica dell'ordinamento giuridico innanzi a questa forma di legame di filiazione, che la giurisprudenza non manca di confermare.

Ragionare in punto di omogenitorialità significa partire dall'idea che il diritto, se vuole avvicinarsi all'amore, deve, in primo luogo, abbandonare i suoi pregiudizi e farsi «discorso aperto», senza che ciò significhi una perdita in termini di tecnicità<sup>32</sup>. Come a dire che, se «l'amore ha le sue regole», tanto irrazionali, quanto eterogenee e variabili, allora il diritto non può pensare di impadronirsene e di soggiogarle in fattispecie impermeabili, ma deve offrire soluzioni a istanze affettive, trasformando tecnicamente sé stesso all'interno di una cornice di senso che, pur mantenendo l'assetto valoriale di riferimento, sappia «cogliere e accettare contingenza, variabilità e persino irrazionalità»<sup>33</sup>.

Quanto premesso pare essere fondamentale quando si ragiona di genitorialità e di omogenitorialità: il diritto, e viepiù l'interprete, nella costruzione della norma come nel percorso argomentativo del caso concreto, non possono mai esimersi dalla considerazione e dalla valutazione della qualità dei legami. Se ciò vale all'interno della tradizionale e molto più confortevole categoria della genitorialità biologica, non può non valere anche nel contesto della genitorialità sociale, e quindi anche dell'omogenitorialità.

Questa prima premessa consente di fare alcune ulteriori riflessioni: è evidente, ormai, che, a fronte di un modello giuridico di filiazione sostanzialmente unitario, *archetipico*, fondato sul paradigma dominante e tradizionalmente ordinatore della genitorialità biologica - composta di eterosessualità nella procreazione, duplicità delle figure genitoriali, derivazione genetica, gestazione e parto<sup>34</sup> - si contrappongono o si affiancano modelli genitoriali che si costituiscono

---

<sup>31</sup> CORDIANO, A., «Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)», *Biola Journal*, 2021, p. 13.

<sup>32</sup> RODOTÀ, S., *Diritto d'amore*, Laterza, Roma-Bari, 2015, pp. 5 ss.

<sup>33</sup> Di nuovo RODOTÀ, S., *op. ult. cit.*, p. 5.

<sup>34</sup> CORTI, I., *op. cit.*, *passim*; ROSSI CARLEO, L., «Maternità surrogata e status del nato», *ifamilia*, 2002, p. 377; ZATTI, P., «Maternità e surrogazione», *cit.*, p. 193.

e vivono nelle forme piú diverse, si fondano su differenti presupposti e che prescindono da riconoscimenti e divieti esistenti.

Questo non solo perché «l'amore ha le sue regole», contingenti, eterogenee e variabili, ma anche perché queste esperienze affettive si basano su un presupposto tanto semplice, quanto irrazionale: la genitorialità, prima ancora del discorso giuridico, ha radici profonde, saldamente fissate in un terreno antico; essa è legata agli aspetti piú primordiali della corporeità, rappresentandosi come un desiderio atavico, una pulsione irrazionale di perpetuazione della vita e, in un senso di onnipotenza, della creazione di un altro da sé, di una rinascita. Se questo è vero, anzi costituisce un pre-dato del discorso giuridico, un elemento implicito, indiscusso, si può dire anche accondisceso dall'ordine giuridico, non può stupire che altrettanto sia nelle dinamiche ricorrenti nella genitorialità sociale.

È certo, come detto, che l'avvento dei progressi scientifici e culturali abbia mutato radicalmente il paesaggio, per un verso, rendendo la maternità uno degli ambiti dell'autodeterminazione personale e della disposizione del corpo, luogo e oggetto di una delle scelte realizzabili nel mondo della possibilità procreativa; per altro verso, la stessa maternità appare sciolta dal legame intenso con l'area della femminilità, per assumere una forte dimensione genitoriale e progettuale, collocando il «discorso» fuori dalle logiche rappresentative della *naturalità*, in una inusitata relazione fra il soggetto e la sua stessa corporeità e integrità fisica, che il diritto non sempre governa adeguatamente.

Se tutto questo è vero, non può sconcertare che la pulsione narcisistica sia assunta, se non con forza maggiore, quanto meno in misura analoga e con modalità simili, appunto, anche nella genitorialità sociale, soprattutto se connessa alle tecniche assistite, dove il dominio di sé appare scontato, sconfinando, talvolta con esiti incerti, nel terreno di una procreazione forzata, ossia nell'utilizzo del proprio corpo e degli strumenti della tecnica e della scienza per realizzare, anche «forzando la natura», la propria scelta, il proprio ultimo e quasi estremo desiderio di procreazione.

## **5. I nuovi confini della genitorialità e l'utero artificiale**

Quanto sin qui affermato è confermato dai piú recenti sviluppi e ricerche in tema di cosí detto utero artificiale o ectogenesi:<sup>35</sup> un dispositivo che permette la crescita e lo sviluppo di un embrione all'esterno di un organismo di sesso femminile che dovrebbe portare a termine la gravidanza, in tutti quei casi in cui la donna non possa per un qualsiasi motivo portare a compimento lo sviluppo del feto. Di là da questi rilevanti esiti, questi dispositivi pongono profili etici e giuridici di grande significato, legati alle possibilità della clonazione riproduttiva e all'interruzione volontaria della gravidanza.

L'ectogenesi, tecnica tradizionalmente reputata irrealizzabile, è un termine coniato dal genetista britannico J.B.S. Haldane in occasione di una conferenza tenuta a Cambridge nel 1923 e pubblicata nel 1924<sup>36</sup>, ma presente ne *Il mondo nuovo* di Huxley, e designa la crescita di un organismo all'esterno del corpo, all'interno di un ambiente artificiale. Per la specie umana, essa consiste nello sviluppo dell'embrione, dal concepimento fino alla nascita, ovvero anche nelle fasi dello sviluppo dopo il concepimento, di un bambino vivo e sano, che avviene all'esterno del corpo e dell'utero materno, cioè in un utero artificiale. Lo scopo è quello della realizzazione, appunto, di un utero artificiale, in grado di replicare e simulare l'utero naturale in tutte le funzioni necessarie al corretto sviluppo natale, dall'embrione, al feto, al nascituro.

Le finalità della tecnica possono essere molteplici (alcune anche potenzialmente delicate), quali quelli di annullare i rischi e i dolori legati alla gravidanza, al parto<sup>37</sup> e al cesareo nelle donne per le quali essi siano significativamente rischiosi; di avere un figlio anche in caso di impossibilità da parte della donna, ovvero per l'uomo e per la coppia gay senza dover ricorrere alla maternità surrogata; di avere un figlio anche in età avanzata, o quando lo si desidera, ricorrendo alla tecnica del *gene freezing* (ovvero il congelamento di ovuli e seme o embrioni in età fertile); di portare a compimento gravidanze destinate a nascite premature, controllando i parametri biomedici nutritivi del

---

<sup>35</sup> Dal greco *ecto* (fuori) e *genesis* (origine); sul tema, per tutti, v., ALTAN, H., *L'utero artificiale*, Giuffrè, Milano, 2006, in particolare pp. 69 ss.

<sup>36</sup> HALDANE, J. B. S., «Daedalus, or, Science and the Future», E.P. Dutton & Company, New York, 1924, <https://www.marxists.org/archive/haldane/works/1920s/daedalus.htm>.

<sup>37</sup> Il tema è ben ripreso, ancora, da FILIPPINI, N., *op. cit.*, p. 39.

feto in modo costante e non invasivo; di consentire le nascite di concepiti di madri in agonia o morte prematuramente o di gravidanze plurime che risultino rischiose.

Alle criticità della pratica di ectogenesi, inevitabilmente connesse con la clonazione riproduttiva, funzionalizzata alla mercificazione della riproduzione e di organi, così come con l'eugenetica, si potrebbe rispondere con l'elaborazione di principi simili a quelli che già dovrebbero essere oggetto di riflessione in tema di correzioni cromosomiche.

Ma, da una prospettiva più generale, v'è da chiedersi cosa rimanga della genitorialità, senza una maternità gestazionale e, in termini ontologici, se questa sorta di denaturalizzazione della riproduzione sia un male assoluto. A questi, che appaiono interrogativi sostanzialmente etici, si accostano profili giuridici, ancora tutti da esplorare.

Sullo sfondo si scorge, in effetti, un percorso di senso: se la contraccezione aveva separato la vita sessuale dalla vita riproduttiva, le tecniche procreative hanno dissociato la riproduzione dall'atto sessuale, allo stesso tempo rendendo parzialmente inutile il ricorso all'altro sesso (parzialmente con le procreazioni assistite e surrogate, in modo assoluto con la clonazione riproduttiva); oggi l'utero artificiale potrebbe svincolare la riproduzione dall'ultimo vessillo della genitorialità: la gravidanza e la gestazione.

Si tratta, a ben vedere, di uno iato a tratti profondo fra le ambizioni della scienza, i modelli culturali attestati (comprensivi delle legittime aspirazioni genitoriali e di posizioni diametralmente opposte), le presunte regole imposte dalla natura e quelle certamente imposte dal diritto, teso a regolamentare ciò che altrimenti sfuggirebbe ad ogni controllo, in una costante tensione fra libertà e autodeterminazione da una parte e i paradigmi tradizionali a difesa del concetto di famiglia.

Non si tratta di abbracciare, da un lato appunto, il catastrofismo dell'euristica della paura e il complottismo di una fantomatica società scientifica occulta; ma neppure l'adorazione beata del progresso scientifico: il diritto persegue una terza via, come strumento non solo di controllo, ma soprattutto di promozione di istanze sociali meritevoli. Non deve essere necessariamente - l'ectogenesi - l'allegoria predittiva delle conseguenze nefaste della trasgressione, come è stato per il *Frankenstein* di Mary Shelley: esso dimostra, se ancora fosse necessario, come tecniche scientifiche possano al contempo essere portatrici di vantaggi e di pericoli e il compito del diritto è di

ricostruire un sistema prescrittivo di senso, in chiave costituzionalmente orientata.

C'è però un elemento che non va mai sottovalutato nella dimensione riproduttiva e nella costruzione sociale e simbolica della genitorialità: in esse insistono potenti e imprescindibili meccanismi soggettivi, ideologici, religiosi, affettivi, estetici. L'essere figlio, così come l'essere genitore, l'aspirazione genitoriale, il desiderio gestazionale sono concetti che trascendono l'ordine biologico per accedere ad un ordine di senso sempre più complesso. Ma essi non trascendono solo l'ordine biologico, bensì anche l'ordine della scienza, che concorre, potentemente sí, ma insieme agli altri elementi, a definire i processi costruttivi della maternità, della genitorialità: una maternità e una genitorialità decostruite, destrutturate e ricomposte, eterogenee e non più ovviamente riconducibili ad un modello unitario; modelli di filiazione, però, che non potranno non costruire a partire dalle relazioni, affettive, significative, di accudimento e di cura.

Questo aspetto, ancora, rimane fortunatamente ineludibile.

## Bibliografia

ALTAN, H., *L'utero artificiale*, Giuffrè, Milano, 2006.

BADINTER, E., *L'amore in più: storia dell'amore materno*, Tea, Milano, 1993.

BUGETTI, M. N., «Scambio di embrioni e attribuzione di paternità», *Fam. dir.*, 2014, p. 929.

BULLETTI, C., FLAMIGNI, C., *Fare figli. Storia della genitorialità dagli antichi miti all'utero artificiale*, Pendragon, Bologna, 2017.

CANESTRARI, S., «Procreazione medicalmente assistita», *Diritto penale e processo*, 2000, p. 1293.

CAVARERO, A., «Dire la nascita», in DIOTIMA (dir.), *Mettere al mondo il mondo. Oggetto e oggettività alla luce della differenza sessuale*, La Tartaruga, Milano, 1990, p. 115.

CORDIANO, A., «Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive», *Comparazione e diritto civile*, 2012, p. 1.

CORDIANO, A., «La tutela dell'interesse del nato da maternità surrogata fra (in)disponibilità del corpo e aspirazioni genitoriali», in



MOTA H./GUIMARAES R. (dirs.), *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, Almedina, Coimbra, 2016, p. 739.

CORDIANO, A., «The Sex of the Body Politic: Questioning the Legal Constraints on Genderism between Law and Literature», *Polemos*, 2018, p. 5.

CORDIANO, A., «Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)», *Biolaw Journal*, 2021, p. 13.

CORDIANO, A., *Identità della persona e disposizioni del corpo*, Aracne, Roma, 2011.

CORTI, I., *La maternità per sostituzione*, Giuffrè, Milano, 2000.

D'ANGELO, A., «La famiglia nel XX secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte», *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 13.

D'AVACK, L., «La legge sulla procreazione medicalmente assistita: un'occasione mancata per bilanciare valori ed interessi contrapposti in uno stato laico», *Dir. fam. pers.*, 2004, p. 793.

DI NICOLA, P., *Famiglia: sostantivo plurale*, Franco Angeli, Roma, 2010.

ESCHILO, *Eumenidi*, 658-661, traduzione di E. Savino.

FERRANDO, G., «Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa», *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, p. 393.

FILIPPINI, N., *Generare, partorire, nascere. Una storia dall'antichità alla provetta*, Viella, Roma, 2017.

FRANK, J. P., *Sistema compiuto di polizia medica. Traduzione dal tedesco*, Ed. Pirrotta, Milano, 1825.

GORGONI, A., «La rilevanza della filiazione non genetica», *Persona e mercato*, 2017, p. 153.

GRILLI, S., *Antropologia delle famiglie contemporanee*, Roma, Carocci, 2019.

HABERMAS, J., *Il futuro della genetica umana. I rischi di una eugenetica liberale*, Einaudi, Torino, 2001.

HALDANE, J.B.S., «Daedalus, or, Science and the Future», New York, E.P. Dutton & Company, 1924, al link <https://www.marxists.org/archive/haldane/works/1920s/daedalus.htm>.

JAMES, W., *The Principles of Psychology*, II, Henry Holt and Company, New York, 1890.

PONZANELLI, G., «Il caso Baby M., la surrogate mother e il diritto italiano», *Foro it.*, 1988, p. 97.

RICH, A., *Nato di donna. Cosa significa per gli uomini esser nati da un corpo di donna*, Garzanti, Milano, 1977.

RODOTÀ, S., «Il corpo e il post-umano», in F. RUSCELLO (dir.) *Studi in onore di Davide Messinetti*, I, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008, p. 841.

RODOTÀ, S., *Diritto d'amore*, Laterza, Roma-Bari, 2015.

ROSSI CARLEO, L., «Maternità surrogata e status del nato», *Familia*, 2002, p. 377.

ROUSSEAU, J. J., *Emilio o dell'educazione*, Milano, Mondadori, 1997.

RUSCELLO, F., «La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita», *Fam. dir.*, 2004, p. 628.

SALANITRO, U., «La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita», *Familia*, 2004, p. 489.

STANZIONE, M. G., «Rapporti di filiazione e "terzo genitore": le esperienze francese e italiana», *Fam. dir.*, 2012, p. 204.

STANZIONE, M.G., *Filiazione e «genitorialità». Il problema del terzo genitore*, Giappichelli, Torino, 2010.

UCCELLA, F., «Dalla famiglia pluriemativa alla famiglia putativa come soggetto giuridico: prime considerazioni», *Familia*, 2005, p. 448.

VIVIANI, D., «Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata: le emozioni in gioco», *Studi di sociologia*, 2020, p. 1827.

ZANATTA, A. L., *Le nuove famiglie*, Bologna, Il Mulino, 2008.

ZATTI, P., «Maternità e surrogazione», *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 193.

# Sullo status del figlio “in provetta” e sul diritto alla conoscenza delle proprie origini nella fecondazione eterologa

*Federica Maffettone*

**ABSTRACT:** La fecondazione assistita è regolata in Italia dalla l. n. 40/2004, disciplina apparsa subito incompleta, oggetto di vari interventi della Corte Costituzionale, il più importante dei quali ha segnato l’eliminazione nel 2014 del divieto della fecondazione eterologa. Ciò obbliga l’interprete a farsi carico della ricostruzione delle regole applicabili, in relazione a questioni complesse come il diritto alla conoscenza delle proprie origini.

**RESUMEN:** La fecundación asistida que está regulada en Italia por la ley n. 40/2004, es una disciplina que enseguida resultó incompleta, y por esto fue objeto de varias intervenciones del Tribunal Constitucional, la más importante supuso la eliminación en 2014 de la prohibición de la fecundación heteróloga. Esto obliga al intérprete a reconstruir las normas aplicables, en relación con cuestiones complejas como el derecho a conocer sus orígenes.

**SOMMARIO:** 1. Problemi ed evoluzione di disciplina in tema di fecondazione medicalmente assistita. – 2. Lo *status* del figlio nato tramite fecondazione medicalmente assistita. – 3. L’assunzione della responsabilità genitoriale per i nati con tecniche di fecondazione eterologa. – 4. Figli generati con p.m.a. eterologa e diritto alla conoscenza delle proprie origini nell’esperienza giuridica spagnola. – 5. Verità biologica e diritto alla conoscenza delle proprie origini.

## 1. Problemi ed evoluzione di disciplina in tema di fecondazione medicalmente assistita

L'evoluzione tecnologica degli ultimi trent'anni, in ambito bio-medico, accompagnata al fenomeno della globalizzazione<sup>1</sup>, anche normativa, ha fortemente influenzato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale in contesti, fino ad allora, pressoché sconosciuti<sup>2</sup>. Uno tra questi è rappresentato dai diritti del figlio concepito "in provetta" alla luce delle innovazioni operate con le pratiche di procreazione artificiale<sup>3</sup>. Tale tema si sviluppa e snoda su molteplici

---

<sup>1</sup> Si occupa del fenomeno della c.d. "globalizzazione giuridica" come tipica espressione post-moderna: GROSSI, P., *Percorsi nel giuridico pos-moderno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 30 ss.

<sup>2</sup> Sull'influenza in ambito giuridico dei progressi scientifici e tecnologici, v. BALDINI, G., «La legge sulla procreazione medicalmente assistita: profili problematici, prime esperienze applicative e prospettive», *Rass. dir. civ.*, 2006, pp. 295 ss.; BUSNELLI, F.D., «Procreazione artificiale: una giurisprudenza "in trincea"», in COMPORTI M. e MONTICELLI S. (a cura di), *Studi in onore di Ugo Majello*, Esi, Napoli, 2005, vol. I, p. 279, che evidenzia come la giurisprudenza si sia trovata "in trincea" ad affrontare con strumenti giuridici invecchiati una situazione drammatica rappresentata dall'avanzata della scienza e dei principi europei e internazionali; DOGLIOTTI, M., «Ancora sull'inseminazione eterologa e sull'azione di disconoscimento», *Fam. dir.*, 1996, pp. 44 ss.; NICOLUSSI, A., «Famiglia e biodiritto civile», *Europa e dir. priv.*, 2019, f. 3, pp. 713 ss., secondo il quale "l'avventura tecnologica dell'uomo non ha soltanto modificato l'ambiente e le condizioni esteriori della vita delle persone, ma sfida anche quella stessa antropologia rispetto alla quale si è sviluppata la cultura e con essa il diritto della civiltà occidentale"; PARENTE, F., «La "biogiuridicità" della vita nascente tra "libertà" della ricerca biomedica e "dinamismo" della tutela dei valori esistenziali dell'uomo», *Rass. dir. civ.*, 2009, pp. 447 ss., che si sofferma sul ruolo del giurista nel confrontarsi con "orizzonti e scenari nuovi" tra cui la tutela della "vita nascente"; RODOTÀ, S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2018, 3ª ed., pp. 15, 23, il quale afferma che "l'incontro con il diritto è fortemente condizionato, in particolare, dai nuovi dati di realtà costruiti dalla scienza e dalla tecnologia, che mutano il senso dell'appello al diritto e le forme della regolazione giuridica"; ROSSI CARLEO, L., «Maternità surrogata e status del nato», *ivi*, vol. II, pp. 599 ss., la quale ritiene che occorre "verificare se ed entro quali limiti la elasticità del sistema può consentire risposte adeguate". Bisogna, pertanto, valutare i limiti entro i quali considerare indispensabile l'intervento del legislatore in ambiti soggetti ad una continua evoluzione. Con riguardo alla procreazione artificiale l'utilizzo della tecnologia deve rappresentare un supporto per garantire "la corretta realizzazione di una genitorialità responsabile"; TRABUCCHI, A., voce «Inseminazione artificiale» (*diritto civile*), in *Noviss. Dig. It.*, Utet, Torino, VIII, 1962, pp. 733 ss.; ID., «Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista», *Riv. dir. civ.*, 1986, I, pp. 495 ss.

<sup>3</sup> Sull'impatto che ha avuto la diffusione delle tecnologie nella medicina riproduttiva,

questioni di disciplina che riguardano, a monte, il fondamento stesso della fecondazione medicalmente assistita<sup>4</sup>, poiché manca già nella Costituzione italiana un’indicazione a tecniche procreative diverse da quella naturale<sup>5</sup>. In relazione al progresso scientifico, pertanto, si è

---

e più in generale, nel settore della genetica e dei suoi inevitabili riflessi sul sistema giuridico ed in alcuni suoi istituti fondamentali, v. BUGETTI, M.N., «L’unicità dello stato di filiazione (anche per i figli nati da p.m.a. erroneamente praticata)», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, pp. 1415 ss., secondo cui nelle pratiche di inseminazione artificiale viene enfatizzato l’elemento volontaristico “inserendosi in una progettualità in cui l’intervento della biotecnologia è considerato funzionale alla tutela del c.d. *right to a child*”; D’ADDINO SERRAVALLE, P., «L’individuazione della madre e del padre con riferimento all’inseminazione artificiale eterologa», *Rass. dir. civ.*, 1987, pp. 604 ss.; GORASSINI, A., voce «Procreazione» (*dir.civ.*), in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, XXXVI, 1987, p. 968. Si è operato in questo modo un “radicale ripensamento” dell’intero settore del diritto delle persone; MANTOVANI, M., *Lo stato di figlio artt. 231 - 249*, in *Cod. civ. comm.* Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2022, p. 8; PAGANELLI, M., «Diritti della personalità. L’individuo e il gruppo», in LIPARI N. (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, Cedam, Padova, 2003, 2<sup>a</sup> ed., vol. I, p. 399, il quale osserva come il binomio ingegneria genetica e medicina riproduttiva ha innovato gli istituti familiari affiancando alla famiglia tradizionale un tipo ulteriore rappresentato dalla famiglia “artificiale” in cui non vi sono legami genetici tra genitori e figli; RODOTÀ, S., *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna, 2021, 2<sup>a</sup> ed., pp. 141 ss., spec. pp. 142-160 s., a parere del quale la predisposizione, sul piano giuridico, di norme “disincarnate” e “subordinate al concetto”, lontane dalla realtà, ha reso sempre più fragile il nostro sistema giuridico di fronte al progresso scientifico che ha dato origine al turismo procreativo: ciò obbliga, secondo l’A., ad una riflessione sul processo di elaborazione normativa; TRABUCCHI, A., *op. cit.*, pp. 732 ss.

<sup>4</sup> Per una definizione della fecondazione medicalmente assistita o procreazione artificiale, v. SEMIZZI, C., «Rilievi giuridici sulla inseminazione artificiale», *Giur. it.*, 1984, IV, pp. 41 ss.; VERCELLONE, P., *La filiazione: legittima, naturale, adottiva e la procreazione artificiale*, in *Trattato dir. civ.* Vassalli, Utet, Torino, 1987, vol. III, t. 2, p. 310, il quale accoglie una “formula generica” comprensiva di ogni modalità “di creazione, tramite strumenti non naturali, di embrione umano e del suo successivo sviluppo sino alla nascita di un essere umano”; sulla funzione delle tecniche riproduzione umana assistita, invece, v. BARBA, V., «Las técnicas de procreación humana asistida, la responsabilidad de los padres y el interés del menor entre ley y jurisprudencia italiana», *Actualidad Civil*, 2022, f. 1, p. 3, secondo cui in origine nate per agevolare la paternità in caso di difficoltà a procreare “*se fueron haciendo cada vez más complejas y, con el tiempo, se convirtieron en un medio para realizar un proyecto de paternidad también para los solteros y las parejas homoafectivas*”.

<sup>5</sup> In generale, la fecondazione medicalmente assistita è un tema strettamente collegato ai progressi tecnologici in ambito medico ed è denso di implicazioni etiche, filosofiche, religiose oltre che sociali. In argomento, PALAZZO, A., *La filiazione*, in *Trattato dir. civ. e comm.* Cicu, Messineo, Mengoni, continuato da Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2007, p. 13, il quale considera la bioetica come un settore di diritto dalle “fortissime implicazioni etiche e tecnologiche” rappresentando la legge n. 40/2004 “il tentativo del legislatore italiano di bilanciare interessi e valori fra loro

reso necessario riconsiderare la natura di istituti “antichi” propri del diritto di famiglia in chiave moderna<sup>6</sup>, anche perché l’intervento del legislatore si è fatto attendere, per molto tempo, senza essere risolutivo<sup>7</sup>. Ed infatti, l’*iter* che ha portato all’introduzione nel nostro sistema di una specifica disciplina della fecondazione medicalmente assistita è stato lungo e complesso<sup>8</sup>, nonché teso, per lo più, a far fronte ai problemi della coppia senza soffermarsi, se non limitatamente, ai diritti del nato a seguito di tali pratiche<sup>9</sup>. La legge n. 40/2004 avrebbe

---

confliggenti”.

- <sup>6</sup> Cfr. TRABUCCHI, A., *op. cit.*, p. 736; VERCELLONE, P., *op. cit.*, pp. 313 s.
- <sup>7</sup> BARBA, V., *op. cit.*, p. 4, secondo cui “*esta ley no pretende promover la realización del proyecto parental en sí mismo, sino sólo fomentar la solución de los problemas reproductivos derivados de la esterilidad o la infertilidad de una pareja heterosexual*”; SCIANCALEPORE, G., «Norme in materia di procreazione assistita: principi generali», in STANZIONE P. e SCIANCALEPORE G. (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 1 ss.
- <sup>8</sup> Sulle varie soluzioni prospettate in Italia prima dell’entrata in vigore della legge n. 40/2004 e sul dibattito che n’è conseguito, v. BUSNELLI, F. D., «Libertà di coscienza etica e limiti della norma giuridica: l’ipotesi della procreazione medicalmente assistita», *Familia*, 2003, p. 264, il quale è dell’opinione che “occorre legiferare” considerando “definitivamente affossate” le tesi astensioniste, ossia le posizioni di chi riteneva non necessario un intervento del legislatore al fine di “non intaccare la libertà di coscienza”; CHIAPPETTA, G., «Anonimato e procreazione medicalmente assistita», in COMPORTE M. e MONTICELLI S. (a cura di), *Studi in onore di Ugo Majello*, Esi, Napoli, 2005, vol. I, p. 383; PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo*, Esi, Napoli, 2020, 4<sup>a</sup> ed., vol. III, pp. 52 ss., il quale sul dibattito diffusosi prima della legge n. 40/2004 sul preferire o meno la tecnica legislativa per principi rispetto a quella regolamentare afferma che “occorre considerare la meritevolezza di tutela del ricorso a tale pratica medicalmente assistita, in quanto il suo impiego è ragionevole allorquando costituisca strumento ineliminabile, o molto utile per il pieno sviluppo della persona”; PICCININI, S., «Una legislazione per la procreazione assistita», in AZZARO A.M. (a cura di), *Procreazione assistita e diritti della persona. Problemi attuali del diritto di famiglia*, Atti del Convegno di Urbino 24 giugno 2000, Esi, Napoli, 2001, pp. 73 ss.; VERCELLONE, P., voce «Procreazione artificiale», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Utet, Torino, 4<sup>a</sup> ed., vol. XV, 1997, pp. 310 ss.; ID., *La filiazione*, cit., pp. 311 ss.
- <sup>9</sup> In argomento, BRUNESE, P., *La legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita. Una legge mal riuscita*, Esi, Napoli, 2022, pp. 7 ss., la quale evidenzia come l’obiettivo della legge n. 40/2004 di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi sembra, sin da subito, tradito dalle forti limitazioni all’accesso a tali pratiche, oltre all’accentuato carattere di residualità che emerge dall’art. 1; in precedenza, BUSNELLI, F.D., «Procreazione artificiale: una giurisprudenza “in trincea”», *cit.*, p. 282, osserva come, in assenza di una specifica disciplina normativa della materia, la giurisprudenza di merito aveva assunto impostazioni ondivaghe arrivando perfino a subordinare il diritto del figlio alla propria vita, e quindi la tutela della vita sin dall’inizio, ad “un vero e proprio diritto a procreare” in maniera

dovuto, da un lato, colmare l'evidente vuoto normativo in materia, dall'altro, adeguare la disciplina sulla filiazione in maniera coerente ai principi accolti anche a livello europeo e internazionale<sup>10</sup>. L'entrata in vigore di tale legge non ha raggiunto questi obiettivi mostrandosi, sin da subito, incompleta e contraddittoria<sup>11</sup>, benché abbia gettato le basi per fornire una peculiare tutela dell'embrione<sup>12</sup>.

In linea generale, l'art. 30 Cost. riguardo al legame di filiazione fa riferimento al diritto-dovere dei genitori a mantenere, istruire e educare i figli nati in costanza o fuori dal matrimonio<sup>13</sup>. Una lettura ortodossa della disciplina costituzionale risulta lontana dallo scenario

cosciente e responsabile.

- <sup>10</sup> PERLINGIERI, P., «L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative», in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Esi, Napoli, 2005, pp. 181 ss.
- <sup>11</sup> CORTI, I., «La procreazione assistita», in FERRANDO G. (diretto da), *Il nuovo diritto di famiglia, Volume terzo. Filiazione e adozione*, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 497, per la quale la l. n. 40/2004 "si caratterizza per essere particolarmente restrittiva, penetrante e sanzionatoria".
- <sup>12</sup> Sulle garanzie e tutele dell'embrione considerato come un soggetto in divenire, si veda: BUSNELLI, F.D., «Libertà di coscienza etica», *cit.*, p. 276; BELLELLI, A., «La sperimentazione sugli embrioni: la nuova disciplina», *ivi*, 2004, p. 984, per la quale "l'essere vitale non ancora nato ma destinato a divenire persona umana, è comunque portatore di interessi primari propri dell'uomo e, in caso di violazione dei diritti ad esso riconosciuti, deve essere garantito in sede civile, sia con la tutela inibitoria che con quella risarcitoria"; MUSIO, A., «Misure di tutela dell'embrione», in STANZIONE P. e SCIANCALEPORE G. (a cura di), *Procreazione assistita*, *cit.*, pp. 205 ss.; OPPO, G., «Scienza, diritto, vita umana», *Riv. dir. civ.*, 2002, I, pp. 14 ss.; ID., «Procreazione assistita e sorte del nascituro», *ivi*, 2005, I, pp. 101 s., spec. 107, il quale rileva che la legge n. 40/2004 si occupa della fase di formazione dell'embrione; PALAZZO, A., *op. cit.*, p. 11 ss.; PARENTE, F., *op. cit.*, p. 464; PASTORE, C.S., «L'embrione umano tra tutela della ricerca scientifica e diritti della personalità», *Rass. dir. civ.*, 2014, pp. 740 ss.; PERLINGIERI, P., «La tutela dell'embrione», in ID., *La persona e i suoi diritti*, *cit.*, p. 324, il quale afferma che la tutela dell'embrione è necessaria in quanto nello stesso si identifica l'inizio del processo vitale: l'embrione "ha già una storia, un'età ed anche una dignità"; PERLINGIERI, G., «Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale», *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 716 ss., secondo cui la tutela dell'embrione corrisponde a quella della persona oltre i confini della nascita e della morte; SALANITRO, U., «Spigolature in tema di diritti del concepito e accesso alla procreazione assistita», *Giust. civ.*, 2015, I, pp. 857 ss., il quale non condivide la giurisprudenza costituzionale che, in tema di procreazione assistita, ha fatto prevalere il diritto alla salute della donna rispetto al diritto alla vita degli embrioni non impiantati.
- <sup>13</sup> VENUTI, M.C., «Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale dei single, conviventi e parti unite civilmente», *GenIUS*, 2018, pp. 86 ss., la quale "il complesso delle regole costituzionali in materia di genitorialità-filiazione non può essere sottoposto ad una lettura "originalista".

sociale attuale dominato da innumerevoli modelli affettivo-familiari<sup>14</sup>. È necessario, quindi, rivedere quelli che sono i principi generali ispiratori del rapporto di filiazione adeguandoli all'evoluzione normativa<sup>15</sup> e giurisprudenziale nella prospettiva dei prioritari interessi del minore<sup>16</sup>. La tendenza a conformare, in genere, la disciplina normativa al principio dei prevalenti interessi del minore risponde ad un'esigenza comune anche ad altri ordinamenti, e che, nello specifico, fa fronte agli obblighi sovranazionali assunti dall'Italia<sup>17</sup>, sebbene sia stato osservato come sussista il rischio che, dietro al riferimento ai superiori interessi del minore, possa celarsi, in

---

<sup>14</sup> BARBA, V., *op. cit.*, pp. 2 ss., negli ordinamenti giuridici moderni si è passati da un modello familiare unico ed esclusivo rispondente all'idea "borghese" di famiglia fondata sul matrimonio ed eterosessuale ad sistema aperto ispirato al valore della pluralità affettiva; ID., «Familias recompuestas y derecho de sucesiones: una posible propuesta de regulación», *Revista de Derecho Civil*, 2022, vol. IX, n.3, pp. 158 ss., che considera necessario ripensare il concetto di famiglia, alla luce dei cambiamenti sociali degli ultimi cinquant'anni che hanno eroso progressivamente il paradigma della famiglia tradizionale secondo la visione borghese.

<sup>15</sup> Nello specifico, sulle riforme legislative che hanno riscritto negli ultimi trent'anni il diritto della filiazione in Europa, si veda in proposito MANTOVANI, M., *op. cit.*, p. 11 ss.

<sup>16</sup> In tal senso, BRUNESE, P., *op. cit.*, pp. 10 s., secondo cui l'evoluzione scientifica intervenuta sul processo riproduttivo mette in discussione "alcuni principi cardine del rapporto di filiazione, che andranno quindi riadattati nella prospettiva della preminenza di un *favor minoris*"; DI LELLA, F., «Osservazioni in margine alla rimessione alla Consulta del divieto di fecondazione eterologa», *Dir. giur.*, 2011, p. 86; GORGONI, A., «La rilevanza della filiazione non genetica», *Dir. succ. fam.*, 2018, pp. 125 s.; MANTOVANI, M., *op. cit.*, p. 30 ss., che osserva come l'interesse del minore è elemento accostato al "binomio verità-responsabilità" nell'ambito delle azioni di stato e rappresenta un principio-guida anche in sede di accertamento del rapporto di filiazione.

In giurisprudenza, Cass., 3 aprile 2017, n. 8617, in *Dejure on line*, secondo cui non opera alcun automatismo nel rilevare l'interesse del minore rispetto al principio di verità biologica.

<sup>17</sup> Sui diritti del minore, in quanto soggetto debole, ed a protezione del suo prioritario interesse, PERLINGIERI, P., «Il diritto del minore all'assistenza: aspetti problematici ed attuativi», in ID., *La persona e i suoi diritti*, cit., pp. 291 ss.; ID., «Diritto alla famiglia e minori senza famiglia», *ivi*, pp. 301 ss.; RECINTO, G., *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Esi, Napoli, 2016, p. 87, per il quale l'obiettivo da conseguire è quello di "tutelare qualsiasi minore nel rispetto dell'individualità, diversità ed unicità di ognuno di loro"; TAFARO, L., «La clausola generale di dignità umana e l'età nel sistema italo-comunitario», in AA.Vv., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Atti del 1°Convegno nazionale SISDIC, Capri 7-8-9 aprile 2005, Esi, Napoli, 2006, pp. 316 ss., per la quale una visione globale della persona umana induce a considerare anche l'età come "uno degli elementi dinamici caratterizzanti il fatto storico *ex latere agentis*".



realtà, un diverso interesse, “egoistico e adultocentrico”<sup>18</sup>. Con l’ovvia conseguenza che ogni valutazione debba essere effettuata nel singolo caso concreto, nell’effettivo interesse del minore e del suo armonico sviluppo, senza poter elaborare generalizzazioni aprioristiche<sup>19</sup>.

Giova, in proposito, ricordare come il nostro sistema si ispira ad un principio generale di derivazione biologica al fine di stabilire la maternità e paternità, come confermato dagli artt. 29 e 30 Cost. Tuttavia, ai fini del riconoscimento della genitorialità, il dato biologico non può considerarsi elemento imprescindibile e sufficiente, poiché occorre verificare la sussistenza di un rapporto sociale-legale con il nato, oltre che affettivo, e, comunque, idoneo a consentire, in concreto, la formazione e lo sviluppo della sua personalità in un ambiente stabile ed armonico, anche per il tramite della lettura degli artt. 29 e 30 Cost. in combinato disposto con l’art. 2 Cost.<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Ancora, PERLINGIERI, G., «Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi», *Rass. dir. civ.*, 2018, pp. 115 s.

<sup>19</sup> Testualmente, PERLINGIERI, G., «Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni Unite in tema di c.d. maternità surrogata», *Dir. succ. fam.*, 2019, p. 340; ID., «Interferenze tra unione civile e matrimonio», *cit.*, p. 115; nel medesimo senso, MIGNONE, C., «Nuove sfide del diritto di famiglia. Il ruolo dell’interprete», *Dir. succ. fam.*, 2017, pp. 1029 ss.; PRISCO, I., «I rapporti di filiazione nelle unioni omosessuali. Uso e abuso del criterio del best interest del minore», *Foro nap.*, 2017, pp. 679 ss.

<sup>20</sup> Cfr. PERLINGIERI, G., «Ordine pubblico e identità culturale», *cit.*, pp. 340 s.; RECINTO, G., *Le genitorialità*, *cit.*, pp. 89 ss., spec. p. 95, che osserva come, in tema di maternità surrogata, gli artt. 29 e 30 Cost. debbano essere riletti alla luce dell’art. 2 Cost. ed in funzione “servente” rispetto alla formazione sociale ove si sviluppa la personalità del minore; in precedenza, sulla famiglia come “luogo di affetti, di sviluppo e promozione della personalità” al di là dei legami di sangue e della sua formalizzazione, PERLINGIERI, P., «Sulla famiglia come formazione sociale», *Dir. giur.*, 1979, p. 775 s., per il quale l’art. 2 Cost. va letto in collegamento con altre norme costituzionali, tra cui gli artt. 29 e 30 in tema di famiglia; V. anche BARBA, V., «Familias recompuestas y derecho de sucesiones», *cit.*, p. 200, che afferma come la maternità e paternità “no puede limitarse a un hecho puramente biologico y natural, porque implica asumir la responsabilidad del cuidado y la educacion del hijo o hija”; CHIAPPETTA, G., *op. cit.*, p. 383 ss.; DI LELLA, F., *op. cit.*, p. 84, la quale evidenzia come l’art. 9 l. n. 40/2004 disciplina un rapporto di filiazione non dipendente, solo in parte o in tutto dalla derivazione biologica; GORGONI, A., *op. cit.*, p. 123 ss.; MANTOVANI, M., *op. cit.*, p. 31 ss.; MENDOLA, A., «Favor minoris e presidio del dato biologico», *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 551, che parla di “affrancamento” del rapporto di filiazione dall’appartenenza genetica; SCALISI, V., «Maternità surrogata: come “far cose con regole”», *Riv. dir. civ.*, 2017, pp. 1103, spec. 1108 ss.; SCHILLACI, A., «Oltre la “rigida alternativa” tra vero e falso: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/2017 della Corte Costituzionale», *Giur. cost.*, 2018, p. 385. In giurisprudenza, Corte Cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Dejure on line*; Corte Cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Guida dir.*, 2014, f. 27, p. 16; Cass., 18 dicembre 2017,

L'impianto della l. n. 40/2004 ruota intorno al concetto di coppia, composta da soggetti "maggiorenni di sesso diverso, coniugati o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi"<sup>21</sup>, senza prendere in considerazione i diritti del concepito, mostrando così tutti i suoi i limiti e incongruenze<sup>22</sup>. Anche da ciò conseguono le molteplici

---

n. 30294, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, p. 1193; Trib. Roma, 20 agosto 2014, in *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 549; Trib. Firenze, ord., 13 settembre 2010, in *Dejure on line*.

Prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004, sull'argomento: TRABUCCHI, A., «Fecondazione artificiale e legittimità dei figli», *Giur.it.*, 1957, I, pp. 218 ss.; ID., voce «Inseminazione artificiale» (diritto civile), *cit.*, pp. 732 ss.; ID., «La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità», *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 605; ID., «Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista», *cit.*, pp. 495 ss.; D'ADDINO SERRAVALLE, P., *op. cit.*, pp. 608 ss., che riconosce carattere assoluto alle garanzie di tutela della personalità del minore, piuttosto che all'esistenza di un vincolo di sangue; DOGLIOTTI, M., «Ancora sull'inseminazione eterologa e sull'azione di disconoscimento», *cit.*, pp. 46 s.; GORASSINI, A., *op.cit.*, pp. 944 ss., spec. p. 969; FERRANDO, G., «Il disconoscimento del figlio nato da fecondazione artificiale eterologa», *Dir. fam. pers.*, 1997, pp. 738 ss., la quale rileva come le regole di origine legislativa e giurisprudenziale hanno dato rilievo ai fattori psico-sociali nell'accertamento della filiazione.

<sup>21</sup> In argomento, STEFANELLI, S., «Non è incostituzionale il divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie omosessuali femminili», *ilfamiliarista.it*, 5 febbraio 2020, la quale evidenzia come il legislatore italiano accoglie un approccio "patologico" considerando le tecniche di inseminazione artificiale applicabili in caso di sterilità o infertilità e, quindi, come rimedio residuale. "La diversità ontologica tra "infertilità fisiologica" della coppia omosessuale femminile e l'"infertilità (di tipo assoluto e irreversibile) della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive" giustifica la legittimità delle disposizioni che limitano l'accesso alle suddette pratiche a persone di sesso diverso.

In giurisprudenza, Corte Cost., 23 ottobre 2019, n. 221, in *Guida dir.*, 2020, f. 2, p. 36.

<sup>22</sup> In materia di accesso alla p.m.a., con riguardo ai requisiti soggettivi, sono state sollevate diverse perplessità: in particolare, sulla possibilità di estendere, o no, il ricorso a tali tecniche riproduttive anche alla donna nubile, nel senso della necessaria presenza della doppia figura genitoriale, cfr. PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, *cit.*, pp. 54 ss.; ID., «L'inseminazione artificiale», *cit.*, p. 186, secondo cui, la crescita di un minore richiede la presenza della doppia figura genitoriale, all'interno del nucleo familiare va pertanto esclusa la possibilità di estendere tale disciplina anche alla donna nubile; NADDEO, F., «Accesso alle tecniche», in *Procreazione assistita*, *cit.*, pp. 57 ss.; OPPO, G., «Procreazione assistita e sorte del nascituro», *cit.*, pp. 102 s., spec. 107, per il quale "l'ispirazione sembra volta a garantire, o predisporre, per il nato, un'accoglienza affettiva e di sostegno da parte di una "doppia figura genitoriale"; TRABUCCHI, A., «Procreazione artificiale e genetica umana», *cit.*, p. 505; in senso contrario, LOJACONO, V., voce «Inseminazione artificiale» (dir. civ.), in *Enc. dir.*, XXI, Giuffrè, Milano, 1971, p. 757; e vedi anche CORTI, I., *op.cit.*, p. 502, per la quale, alle volte, un unico genitore "idoneo e affettuoso" instaura un legame più efficace con il figlio rispetto alla presenza di due genitori "magari in conflitto".

pronunce della Corte costituzionale che hanno portato avanti una sostanziale opera di riformulazione del testo normativo<sup>23</sup>. Tra gli interventi più importanti si segnala, in particolare, quello sfociato nella sentenza n. 162/2014 con cui è stata dichiarata l'incostituzionalità dei divieti ivi previsti, tra i quali: il divieto di diagnosi pre-impianto per le coppie considerate “infertili”, quello di fecondazione eterologa<sup>24</sup> e

---

Sul filone giudiziario diffusosi a seguito del fenomeno del turismo procreativo, da ultimo, Cass., 4 aprile 2022, n. 10844, in *Dejure on line*; Cass., 7 marzo 2022, n. 7413, in *ivi*, per la quale il vuoto normativo in materia non può essere colmato da operazioni ermeneutiche della giurisprudenza, imponendosi l'intervento del legislatore; Cass., 25 febbraio 2022, n. 6383, in *ivi*, secondo cui un'interpretazione estensiva delle norme dettate in tema di fecondazione medicalmente assistita non sembra ricomprendere la legittimazione all'accesso a suddette pratiche anche a coppie *same-sex*, in quanto la disciplina è stata introdotta nel nostro sistema giuridico con il preciso scopo di consentire a soggetti affetti da sterilità o infertilità acclarata, sotto il profilo medico, di diventare genitori; Corte Cost., 23 ottobre 2019, n. 221, *cit.*

<sup>23</sup> BARBA, V., «Las técnicas de procreación humana asistida», *cit.*, p. 4; BRUNESE, P., *op. cit.*, p. 10, la quale pone l'attenzione sulla presenza, nella formulazione originaria della legge n. 40/2004, di diversi punti critici e di possibile frizione con l'ordinamento costituzionale tanto da aver consentito ben 7 interventi della Corte Costituzionale in poco più di quindici anni dalla sua entrata in vigore dando luogo così ad un “esempio eclatante di riscrittura giurisprudenziale di un testo normativo”; CICERO, C. e PELUFFO, E., «L'incredibile vita di Timothy Green e il giudice legislatore alla ricerca dei confini tra etica e diritto; ovvero, quando diventare genitori non sembra (apparire) più un dono divino», *Dir. fam. pers.*, 2014, pp. 1290 ss., secondo i quali la giurisprudenza costituzionale ha progressivamente smantellato l'impianto della legge n. 40/2004; SALANITRO, U., *op. cit.*, p. 857.

<sup>24</sup> Il legislatore del 2004 sembra aver accolto la soluzione adottata da una parte della dottrina prima della entrata in vigore della l. n. 40/2004, tesa a vietare le pratiche di fecondazione eterologa. Le ragioni di tale scelta sono da ravvisarsi nella volontà di concedere una più ampia tutela ai nascituri, garantendo agli stessi relazioni familiari stabili ed evitando, in questo modo, il fenomeno della moltiplicazione delle figure genitoriali, oltre a voler escludere possibili contrasti con la morale e l'ordine pubblico. Tra i tanti che si sono occupati dei risvolti giuridici: MASTROPAOLO, F., «Aspetti giuridici delle manipolazioni biologiche», *Quadrimestre*, 1989, pp. 289 s.; SEMIZZI, C., *op. cit.*, pp. 41 ss.

Di diverso avviso, BERTI DE MARINIS, G., «Il ruolo della giurisprudenza nell'evoluzione della disciplina in tema di procreazione medicalmente assistita», *Resp. civ. e prev.*, 2014, pp. 1715 ss.; DI LELLA, F., *op. cit.*, p. 85, secondo la quale la scelta di vietare le pratiche di fecondazione eterologa, sebbene drastica, appare coerente al nostro ordinamento; LOJACONO, V., *op. cit.*, p. 756 ss. Successivamente alla l. n. 40/2004, PANE, R., «La procreazione medicalmente assistita tra istanze di rinnovamento e tutela del nato», *Dir. fam. pers.*, 2018, pp. 1419 ss.

Per altro verso, ai fini di una rilettura della legge sulla procreazione medicalmente assistita in una prospettiva filosofico-giuridica, PALAZZANI, L., «La legge italiana sulla procreazione assistita: aspetti filosofico-giuridici», *Dir. fam. pers.*, 1999, I, p. 748

l'inibizione all'accesso alle tecniche di procreazione assistita anche alle coppie portatrici di patologie genetiche<sup>25</sup>.

Si è cercato, allora, di arginare il dilagante fenomeno del "turismo procreativo" affrontando, così, alcune tra le principali questioni giuridiche sollevate in tale ambito<sup>26</sup>. Un primo problema su cui l'interprete è chiamato ad interrogarsi riguarda lo *status* del figlio nato tramite percorso di fecondazione medicalmente assistita, alla luce della riforma della filiazione (l. n. 219/2012 e d.lgs. n. 154/2013) con la quale il legislatore ha accolto, in via definitiva, il principio di unicità dello stato di figlio. Di non secondario interesse è anche il tema dell'assunzione della responsabilità genitoriale in presenza dello sdoppiamento dei rapporti genitori-figli: quello cd. "biologico" e quello "legale"<sup>27</sup>. In questo modo, la filiazione biologica, che ha rappresentato il criterio dominante su cui si fonda il legame genitore-

---

ss.; e, per le ripercussioni sotto il profilo psicologico, LOMBARDI, R., «Implicazioni psicologiche della riproduzione artificiale eterologa (AID)», *Dir. fam. pers.*, 1998, pp. 663 ss. Per una più ampia ricostruzione delle componenti, non solo giuridiche, coinvolte a seguito di tale percorso procreativo, GALUPPI, G., «La procreazione artificiale: motivazioni psicologiche e problemi sociali», *ivi*, 2001, pp. 302 ss.; BAL FILORAMO, L., «Vissuti di sterilità nella coppia e procreazione assistita», *ivi*, 2001, pp. 314 ss.; CARPIGNANO, M., «Il rischio di abusi nella procreazione assistita», *ivi*, 2001, pp. 328 ss.

In giurisprudenza, Trib. Catania, ord., 3 maggio 2004, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, pp. 415 ss.; Trib. Cagliari, ord., 16 luglio 2005, in *Giur. it.*, 2006, pp. 1167 ss.; Trib. Firenze, ord., 13 settembre 2010, *cit.*; Trib. Milano, ord., 8 aprile 2013, in *Dejure on line*; Trib. Catania, ord., 13 aprile 2013, *ivi*.

<sup>25</sup> Cfr. Corte Cost., 10 giugno 2014, n. 162, *cit.*

<sup>26</sup> SCALISI, V., *op. cit.*, p. 1100, il quale rileva che "il turismo procreativo ha continuato e continua regolarmente ad operare e il fenomeno, in mancanza di adeguati limiti e forme di controllo, anziché attenuarsi ha finito invece con il registrare un ulteriore sensibile incremento"; RODOTÀ, S., *Tecnologie e diritti*, *cit.*, pp. 160 s.

<sup>27</sup> Cfr. CHIAPPETTA, G., *op. cit.*, p. 385 ss.; PAGANELLI, M., *op. cit.*, p. 400; MIGNONE, C., *op. cit.*, pp. 1031, che osserva come le nuove genitorialità si collocano in un "contesto di estrema asistematicità", dove nel rapporto genitori-figli vengono coinvolte plurimi e diversi legami; ROSSI CARLEO, L., *op. cit.*, p. 604, secondo cui a causa della moltiplicazione dei soggetti coinvolti si predilige una regolamentazione "leggera" diretta a dare risposte coerenti a ipotesi che nella realtà si mostrano profondamente diverse tra di loro; VESTO, A., *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 11, la quale osserva come al centro della rete dei diritti, doveri, rinunce e divieti si pone, da un lato, l'interesse del minore e il suo *status*, dall'altro la figura materna "la quale da monolitica si scinde in "biologica", la donatrice di ovuli, in "gestante", la donna che porta in grembo un figlio altrui, in "legale o intenzionale", la donna che formalmente (e socialmente) risulta essere madre".

figli, ha lasciato spazio a nuovi e più articolati rapporti, specchio di modelli di famiglia diversi da quello tradizionale<sup>28</sup>, ampliando, di frequente, il numero dei soggetti coinvolti<sup>29</sup>. A fianco alla tradizionale struttura familiare binaria si collocano, oggi, nuclei più articolati caratterizzati da relazioni parentali soggettivamente complesse. Tutto ciò ha determinato una trasformazione del rapporto genitoriale anche in funzione dell’assunzione della responsabilità e della conseguente individuazione dei soggetti che ne sono titolari, nei confronti dei quali il figlio ha diritti e doveri. Ne deriva un’altra questione molto sentita, ossia quella attinente al diritto a conoscere le proprie origini nei casi di fecondazione eterologa.

## 2. Lo status del figlio nato tramite fecondazione medicalmente assistita

È stato evidenziato come la tutela del soggetto procreato artificialmente debba delinearci in termini solidaristici-protettivi<sup>30</sup>. Lo

---

<sup>28</sup> BARBA, V., «Las técnicas de procreación humana asistida», *cit.*, p. 2 s.; MANTOVANI, M., *op. cit.*, p. 3 ss., la quale afferma che nella geografia dei rapporti familiari la famiglia non trova più il suo centro di gravità nell’istituto del matrimonio; D’AVACK, L., «Cade il divieto dell’eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare», *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 1006, che definisce le cd. “famiglie estese” quelle che sotto il profilo spaziale possono trovarsi in molteplici luoghi pur essendo conoscibili immediatamente e contemporaneamente, in senso temporale, mediante la consultazione di registri o con il supporto di apposite organizzazioni; BUSNELLI, F.D., «La famiglia e l’arcipelago familiare», *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 513, per il quale il concetto tradizionale di famiglia fondato sul matrimonio deve cedere il passo alla cultura del pluralismo.

<sup>29</sup> FERRANDO, G., voce «Filiazione legittima e naturale», in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Utet, Torino, 1992, 4ª ed., vol. VIII, p. 297, la quale rileva come le nuove tecnologie riproduttive pongono in discussione i presupposti della filiazione e, infatti, la pluralità dei soggetti coinvolti impone una scelta per stabilire chi sia il padre e chi la madre.

<sup>30</sup> In argomento, BUSNELLI, F.D., «Nascere (o anche “morire”) con dignità: un traguardo problematico per l’embrione», *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, pp. 393 ss.; CARBONE, V., «Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia», *Fam. dir.*, 2014, p. 769 s., che parla di un percorso di “globalizzazione dei diritti” a cui corrisponde una “globalizzazione delle tutele”; FERRANDO, G., «Il disconoscimento», *cit.*, pp. 738 ss., secondo la quale la condizione giuridica dei nati con fecondazione assistita riveste “un’importanza prioritaria” in quanto si tratta di riconoscere uno “status certo ed incontrovertibile, il che corrisponde ad un diritto

*status* di figlio si ispira al principio di indisponibilità, ma, nel caso di fecondazione artificiale, bisogna svolgere una valutazione ulteriore rappresentata dall'analisi delle volontà dei vari soggetti coinvolti in questo tipo di percorso. Indipendentemente dalla riconducibilità all'atto di nascita o all'eventuale sua prova legale, ciò che rileva sono le sue modalità di accertamento<sup>31</sup>. Di regola, infatti, l'accertamento della filiazione richiede la corrispondenza tra verità naturale e certezza giuridica dello stato di figlio<sup>32</sup>. Eppure, siffatta affermazione trova una sicura smentita proprio nel caso di procreazione artificiale eterologa, oltre che nell'ipotesi di adozione.

La disciplina relativa allo stato giuridico del figlio nato a seguito di pratiche di fecondazione assistita (art. 8 l. n. 40/2004) è caratterizzata dal fatto di aver previsto l'acquisto dello stato di nati nel matrimonio o, comunque, di figli riconosciuti della coppia che ha manifestato il proprio consenso a sottoporsi a tale tipo processo riproduttivo<sup>33</sup>. In questo modo il legislatore, al di fuori dell'ipotesi del matrimonio, ha reso il riconoscimento automatico, non essendo necessaria una dichiarazione successiva alla nascita o al concepimento come, invece, previsto dall'art. 254 c.c.<sup>34</sup>. Tale scelta normativa risponde all'esigenza

---

fondamentale di ogni persona”.

<sup>31</sup> Di quest'avviso, ROSSI CARLEO, L., *op. cit.*, p. 612.

<sup>32</sup> BARBA, V., «Las técnicas de procreación humana asistida», *cit.*, pp. 3 s.; FERRANDO, G., voce «Filiazione legittima e naturale», *cit.*, p. 297; ROSSI CARLEO, L., *op. cit.*, p. 612, per la quale la corrispondenza tra relazione biologica e giuridica si basa sulla presunzione che la genitorialità biologica costituisce “espressione di una responsabilità che deve essere formalizzata” nel rispetto dell'interesse del minore.

<sup>33</sup> Sugli artt. 8 e 9 l. n. 40/2004, v., da ultimo, Corte Cost., 9 marzo 2021, n. 32, in *Dejure on line*, la quale ha dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata in ordine a tali articoli ed afferma, allo stesso tempo, la necessità di un intervento del legislatore volto a regolamentare i casi non contemplati ed i rapporti creati tra i nati ed i genitori ponendo al centro l'interesse dei minori. In dottrina, al contrario, OPPO, G., «Procreazione assistita e sorte del nascituro», *cit.*, p. 102 s., il quale è dell'opinione che la disciplina contenuta nella legge n. 40/2004 operi una evidente ed incostituzionale disparità di trattamento tra la filiazione conseguita naturalmente e quella assistita; PALAZZO, A., *op. cit.*, p. 21, che evidenzia come “due vere e proprie finzioni vengono a costituire in questi casi gli *status* familiari di figli nati da uno o più genitori biologici che non possono acquisire quella relazione parentale che di regola deriva dalla coincidenza del fatto biologico con quello familiare fondato sul matrimonio, o sulla provata convivenza”.

<sup>34</sup> Sulle differenze esistenti nell'accertamento della filiazione prima della riforma del 2012, v. FERRANDO, G., voce «Filiazione legittima e naturale», *cit.*, pp. 304 ss., la quale considera come detta semplificazione sia dovuta alla presunzione di paternità che opera nel matrimonio.

di certezza dello *status* attribuito ai nati con inseminazione artificiale<sup>35</sup>. Riveste, quindi, un ruolo di assoluta centralità il consenso o “volontà programmatica” dei soggetti che si sottopongono a queste tecniche<sup>36</sup>, implicando ciò una sostanziale assunzione preventiva della responsabilità genitoriale.

A riguardo, la regolamentazione della fecondazione eterologa si distingue per alcuni aspetti fondamentali. Due di questi sono inevitabilmente dovuti ai connotati tipici della fattispecie in esame: il primo attiene alla preclusione prevista all’art. 9 in ordine alla possibilità di esperire l’azione di disconoscimento della paternità<sup>37</sup>;

---

<sup>35</sup> DI LELLA, F., *op. cit.*, p. 85, secondo la quale tale scelta legislativa risponde alla volontà di accordare all’embrione tutele e garanzie prima ancora di considerarlo un soggetto di diritto.

<sup>36</sup> In tal senso, GORASSINI, A., *op. cit.*, pp. 944 ss. spec. p. 969; Cass., 18 dicembre 2017, n. 30294, *cit.*

<sup>37</sup> In precedenza, CASSANO, G., «I figli della scienza in Cassazione: il principio di autoresponsabilità e l’art. 235 c.c. (una novità giurisprudenziale in tema di fecondazione artificiale eterologa)», *Dir. fam. pers.*, 1999, pp. 1095 ss.; MAJELLO, U., «Inseminazione artificiale e adozione», *Studi senesi*, 1964, pp. 124 ss., per il quale se il consenso dato previamente dal marito non impedisse l’esercizio dell’azione di disconoscimento si potrebbero ledere i diritti inviolabili della famiglia garantiti espressamente dall’art. 2 Cost.; PONZANELLI, G., «La “forza” e la “purezza” degli status: disconoscimento di paternità e inseminazione eterologa», *Fam. dir.*, 1994, pp. 186 ss., secondo cui lo stato giuridico del nato con inseminazione artificiale si colloca “lontano dalle possibili, libere negoziazioni della volontà umana”; successivamente, BUSNELLI, F.D., «Procreazione artificiale: una giurisprudenza “in trincea”», *cit.*, p. 281, che considera una soluzione “giusta” quella di negare il disconoscimento del figlio da parte del coniuge che ha prestato il consenso alla pratica di inseminazione eterologa; BRUNESE, P., *op. cit.*, p. 13, secondo cui queste scelte si giustificano per la centralità rivestita, in tale ambito, dal consenso liberamente manifestato considerato elemento fondamentale della genitorialità; DOGLIOTTI, M., *La filiazione fuori dal matrimonio. Artt. 250-290*, *cit.*, pp. 352 ss., il quale evidenzia l’ambiguità dell’art. 9 l. n. 40/2004; MANTOVANI, M., *op. cit.*, pp. 38 ss. e 209 ss.; MENDOLA, A., *op. cit.*, pp. 551 ss., che rileva come l’esercizio dell’azione di disconoscimento renderebbe i figli privi di padre “registrandosi la nascita di un ulteriore *status filiationis* quello dei cc.dd. figli della provetta”; QUADRI, E., «La nuova disciplina della procreazione assistita», in AA.VV., *La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, RCS Quotidiani S.p.a., Milano, 2005, pp. 48 s., il quale ritiene che la tutela predisposta al generato con fecondazione assistita compone uno “statuto peculiare” e risponde ad esigenze di coerenza normativa; ROSSI CARLEO, L., *op. cit.*, p. 600; STEFANELLI, S., «Diritto all’identità», in SASSI A., SCAGLIONE F. e STEFANELLI S., *La filiazione e i minori*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 2ª ed., 2018, vol. IV, pp. 435 ss. Per una posizione più articolata, BIANCA, C.M., «Nuove tecniche genetiche, regole giuridiche e tutela dell’essere umano», *Nomos*, 2020, pp. 6 s.; ID., «Disconoscimento del figlio nato da procreazione assistita: la parola della Cassazione», *Giust. civ.*, 1999, I, pp. 1324 ss.

In giurisprudenza, prima dell’entrata in vigore della legge n. 40/2004, sulla

l'altro, riguarda l'espresso divieto di anonimato per la madre<sup>38</sup>. L'inapplicabilità dell'azione di disconoscimento deriva dal fondamento stesso di tale istituto, rappresentato dalla mancata corrispondenza genetica, di per sé insussistente nell'ipotesi di inseminazione di tipo eterologa. Del pari, anche il divieto di anonimato materno si ricollega all'incompatibilità con la volontà di procedere ad un percorso di procreazione artificiale.

È possibile nel rispetto dei prioritari interessi del minore e, più in generale, del principio di unicità dello stato di figlio, rileggere sistematicamente le previsioni presenti nella l. n. 40/2004<sup>39</sup>. Di conseguenza, è necessario far riferimento alla normativa europea e

---

preclusione dell'esercizio dell'azione di disconoscimento del nato con fecondazione artificiale, per cui il marito è moralmente obbligato all'assunzione della responsabilità genitoriale nei confronti del nato, v. Cass., 16 marzo 1999, n. 2315, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1317; in senso opposto, Trib. Roma, 30 aprile 1956, in *Giur. it.*, 1957, I, 2, c. 218, che, pur in presenza dell'originario consenso alla pratica di procreazione artificiale eterologa, ammette l'esercizio dell'azione di disconoscimento da parte del marito della donna alla quale è impiantato il seme altrui; Trib. Cremona, 17 febbraio 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, c. 582; App. Brescia, 14 giugno 1995, in *Dir. fam. pers.*, 1996, p. 116; successivamente, Cass., 18 dicembre 2017, n. 30294, *cit.*; Trib. Roma, 20 agosto 2014, *cit.*

<sup>38</sup> Più in generale, per una ricostruzione del concetto di anonimato materno, v. BUGETTI, M.N., «Sul difficile equilibrio tra anonimato materno e diritto alla conoscenza delle proprie origini: l'intervento delle Sezioni Unite», *Corr. giur.*, 2017, pp. 626 s., la quale evidenzia come la scarna disciplina in materia impone un notevole sforzo interpretativo volto a chiarire in cosa consiste la dichiarazione di anonimato e, allo stesso tempo, ad individuare la sua funzione; l' A. rileva che in relazione alla dichiarazione della donna di non essere nominata deve essere tenuto distinto "l'effetto del mancato riconoscimento *tout court*, da quello della volontà di rimanere anonima", per cui non può considerarsi idonea ad influire sulla attribuzione della maternità ma atterrebbe alla sola formazione dell'atto di nascita; ID., «Il diritto all'anonimato della madre incapace prevale sul diritto del figlio a conoscere le proprie origini», *Fam. e dir.*, 2021, pp. 747 ss.

Prima della caduta del divieto della fecondazione eterologa, sul carattere relativo o assoluto di tali preclusioni, v. CAREDDA, V., «Stato dei figli e violazione dei divieti nella legge sulla procreazione medicalmente assistita», *Familia*, 2005, pp. 270 ss.; QUADRI, E., «La nuova disciplina della procreazione», *cit.*, pp. 53 s.

<sup>39</sup> Cfr. BUSNELLI, F.D., «Procreazione artificiale: una giurisprudenza "in trincea"», *cit.*, p. 287, il quale afferma che "il principio che sta dietro la norma vale per tutte le forme – naturali o artificiali – di concepimento"; STANZIONE, P., «Procreazione assistita e categorie civilistiche», in AA. VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno. Il Diritto privato. 1. Persone, famiglia, successioni e proprietà*, Milano, 1998, p. 862, il quale, prima dell'entrata in vigore della l. n. 40/2004, rilevava l'esistenza di un profilo di tutela ispirato al principio di eguaglianza teso ad evitare la creazione di una categoria dei figli "artificiali".



internazionale a tutela dei diritti del fanciullo che consacra il principio di uguaglianza dei minori<sup>40</sup>. La legislazione sovranazionale, e in modo particolare quella europea, si è da sempre mostrata attenta alla delicata materia della fecondazione artificiale e alle conseguenze che da essa discendono sul piano giuridico cercando, da un lato, di bilanciare i vari interessi coinvolti e, dall’altro, di uniformare i principi fondamentali<sup>41</sup>. Per altro verso, la disomogeneità di disciplina esistente tra i vari Paesi, come nel caso della c.d. maternità surrogata, ha originato una serie di fattispecie con elementi di estraneità e valorizzato il concetto di ordine pubblico, interno e internazionale, da intendersi non come un limite negativo, ma con “funzione promozionale e propositiva”<sup>42</sup>.

### 3. L’assunzione della responsabilità genitoriale per i nati con tecniche di fecondazione eterologa

Rilevanti problemi si pongono rispetto all’assunzione della responsabilità genitoriale del nato generato con inseminazione artificiale di tipo eterologa, in presenza di molteplici figure coinvolte.

---

<sup>40</sup> Di questa opinione, DOGLIOTTI, M., *La filiazione fuori dal matrimonio. Artt. 250-290*, in *Cod. civ. comm.* Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2015, p. 84.

<sup>41</sup> BARBA, V., «Las técnicas de procreación humana asistida», *cit.*, p. 3, il quale è dell’opinione che le principali differenze tra le discipline nazionali hanno sollevato rilevanti problemi di diritto internazionale privato “no sólo en los casos en los que existen elementos de conexión respecto a los cuales es necesario establecer qué disciplina puede aplicarse, sino, sobre todo, en los casos en los que una pareja lleva a cabo su proyecto parental en un Estado distinto del suyo, del que reclama, luego, el reconocimiento jurídico”; M. PAGANELLI, *op. cit.*, p. 401, secondo cui lo scopo del legislatore europeo è quello di “evitare la creazione di “rifugi genetici” che andrebbero tutto a scapito della perseguita protezione giuridica dell’embrione” e ciò, da un lato, violerebbe il diritto della madre all’autodeterminazione, dall’altro, invece il diritto del figlio all’integrità fisica e genetica oltre al diritto di crescere in un ambiente familiare .

<sup>42</sup> BARBA, V., «L’ordine pubblico internazionale», *Rass. dir. civ.*, 2018, II, pp. 422 ss.; PERLINGIERI, G. e ZARRA, G., *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Esi, Napoli, 2019, pp. 15 ss., secondo cui la concretizzazione delle regole e dei principi si realizza mediante lo strumento dell’ordine pubblico, interno e internazionale; ID., «Ordine pubblico e identità culturale», *cit.*, pp. 338 s., il quale considera l’ordine pubblico, interno e internazionale, non come una nozione “in cerca di mera condivisibilità tra Paesi affini”, ma come “un concetto unitario legato all’identità nazionale e culturale” di ciascun Paese che assolve non ad una negativa bensì “promozionale” e “propositiva”; in tale direzione, vedi anche la fondamentale pronuncia, Cass., Sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Dejure on line*.

Mentre non solleva particolari dubbi nella fecondazione omologa poiché, allo stesso tempo, si riscontrano sia la derivazione genetica, essendo utilizzati gameti propri della coppia, sia la volontarietà dell'atto procreativo, anche se realizzato "artificialmente"<sup>43</sup>. Invece, la procreazione conseguita mediante un percorso terapeutico che prevede il ricorso a gameti, in tutto o in parte altrui alla coppia, determina il riconoscimento di diverse figure genitoriali, comportando così maggiori perplessità<sup>44</sup>. Da ciò dipende la questione che attiene all'attribuzione della responsabilità genitoriale e all'individuazione del momento della sua assunzione nei confronti del nato.

*In limine*, occorre evidenziare come nei casi di fecondazione naturale non opera nessun automatismo di derivazione genetica. Ai fini dell'assunzione della responsabilità è necessaria la volontarietà dell'atto di attribuzione<sup>45</sup>. È indispensabile, quindi, che il rapporto fisico sia consumato liberamente e consapevolmente in funzione della procreazione. E, infatti, la volontà nelle relazioni familiari e, in particolar modo, nei rapporti di filiazione assume un ruolo di assoluto rilievo<sup>46</sup>.

Di contro, con riguardo ai donatori di gameti o genitori genetici, alla luce dell'attuale disciplina, non si instaura alcuna relazione giuridica con il nato né quest'ultimi vanteranno diritti né assumeranno obblighi di alcun genere<sup>47</sup>. Da questo punto di vista non discenderebbe alcuna assunzione di responsabilità e, in più, laddove i nominativi fossero coperti dall'anonimato<sup>48</sup>, come accade di regola, i nati tramite fecondazione eterologa non potrebbero in nessun modo risalire all'identità dei donatori. Così facendo, si delineano posizioni profondamente diverse tra genitore genetico e genitore legale. I concetti di maternità e paternità responsabili sono quelli da cui discende il rapporto di filiazione e l'assunzione della responsabilità

---

<sup>43</sup> VERCELLONE, P., *La filiazione*, cit., pp. 322 ss., il quale si occupa del caso in cui si utilizza per la fecondazione artificiale della donna sposata il seme del marito, rilevando come in tali circostanze muta solo lo strumento tecnico per ottenere la procreazione dell'embrione.

<sup>44</sup> BARBA, V., «Las técnicas de procreación humana asistida», cit., p. 8.

<sup>45</sup> VERCELLONE, P., *La filiazione*, cit., pp. 316 ss., spec. 318, secondo cui ai fini dell'attribuzione della paternità occorre "che esista, da parte dell'uomo, la volontà di fare "quel figlio", il discendente comune di un uomo e di una donna che si sono scelti".

<sup>46</sup> GORASSINI, A., *op. cit.*, p. 969.

<sup>47</sup> DOGLIOTTI, M., *La filiazione fuori dal matrimonio. Artt. 250-290*, cit., p. 354.

<sup>48</sup> SEMIZZI, C., *op. cit.*, p. 48.

genitoriale. Nella donazione di gameti, ovociti e spermatozoi, dalla "donazione" come atto volontario intervengono innumerevoli varianti che prescindono dalla "volontà" del donante di assumere la responsabilità genitoriale nei confronti del nato generato artificialmente<sup>49</sup>. La regolamentazione contenuta nella l. n. 40/2004 ha aderito, sul piano normativo, a tale ultima ricostruzione. Pertanto, chi si sottopone alle tecniche di procreazione artificiale, prestando previamente il proprio consenso libero ed informato, assume quel complesso di poteri-doveri, personali e patrimoniali, che rientrano nella responsabilità genitoriale. In tal caso, al momento della manifestazione del consenso, opera come effetto automatico la preventiva assunzione della responsabilità genitoriale. Questo aspetto, accolto nella legislazione ordinaria, rappresenta un evidente elemento differenziale rispetto alla "genitorialità naturale", la quale discende dal momento della nascita o dal suo successivo riconoscimento. Alla volontarietà dell'atto di donazione si accompagna anche la gratuità. Al riguardo, in assenza di una specifica disciplina può applicarsi in via estensiva quanto stabilito all'art. 12 d.lgs. 6 novembre 2007, n. 191<sup>50</sup>.

Problemi specifici ed ulteriori sorgono però rispetto all'attribuzione della maternità, che, in linea generale, si realizza nei confronti della donna che partorisce. Non è, dunque, richiesto, quale requisito aggiuntivo, quello di aver conseguito il concepimento fecondando un proprio ovocita. Tuttavia, con l'inseminazione eterologa sono coinvolte nel processo riproduttivo due donne diverse, la madre per così dire "genetica" che mette a disposizione i propri ovociti e la madre "biologica" che, fecondata, porta avanti la gravidanza<sup>51</sup>. La questione che si solleva riguarda, quindi, l'individuazione della madre "legale" la quale da un lato assumerà, in vista della sua posizione, la responsabilità genitoriale, dall'altro, instaurerà un rapporto giuridico di filiazione con il nato. A riguardo, la ricostruzione condivisibile è quella di attribuire la maternità "legale" alla donna che mette in atto volutamente tale processo procreativo, sottoponendosi ad uno

---

<sup>49</sup> BARBA, V., «Las técnicas de procreación humana asistida», *cit.*, p. 8, il quale rileva l'assenza di norme specifiche che regolano l'atto di donazione, la sua forma, la revocabilità, il diritto del minore alla conoscenza delle informazioni relative al suo stato e all'identità dei donatori, finanche a stabilire il numero massimo di figli che possono essere generati.

<sup>50</sup> L'art. 12, comma 1, d.lgs. 6 novembre 2007, n. 191, prevede testualmente che la donazione di tessuti e cellule è volontaria e gratuita.

<sup>51</sup> VERCELLONE, P., *La filiazione*, *cit.*, pp. 326 ss.

specifico trattamento terapeutico preventivo alla fecondazione e portando a completamento la gravidanza, anche se con ovocita altrui<sup>52</sup>. Ciò che rileva è il comportamento dal quale si desume la volontà di procreare che manca nella donna che si limita a donare i propri ovuli. Identica posizione si riscontra facendo riferimento all'attribuzione della paternità con la differenza che, in questo caso, non potrà esserci alcuna distinzione tra padre "biologico" e "genetico". L'assunzione della paternità legale spetterà all'uomo che ha prestato, previamente, il proprio consenso ad intraprendere il percorso di riproduzione medicalmente assistita e non al donatore di sperma.

In conclusione, ad oggi, nessun legame giuridico patrimoniale, anche di carattere successorio, sembra potersi giustificare nei confronti dei genitori genetici, donatori di gameti o, singolarmente di ovociti e spermatozoi. Mancano le condizioni che consentono di instaurare tali tipi di rapporti in assenza dell'aspetto principale e dominante, in tale ambito, ossia la volontà di essere genitore<sup>53</sup>. Ciò non significa, però, anche escludere di per sé il diritto alla conoscenza delle proprie origini per il concepito con tecniche di riproduzione assistita, diritto che di certo si pone in conflitto con la contrapposta esigenza di riservatezza dei donatori dei gameti. In proposito, riveste un certo significato il raffronto comparatistico con l'ordinamento spagnolo.

---

<sup>52</sup> VERCELLONE, P., *La filiazione*, cit., p. 327, il quale ritiene poco convincente la posizione di chi non considera possibile l'attribuzione della maternità né alla donna, fecondata con ovocita altrui, né nei confronti della donna che lo mette a disposizione.

<sup>53</sup> PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., pp. 57 s., il quale non esclude in caso di morte del genitore legale la possibilità di estendere nei confronti del figlio alcune responsabilità, anche di natura educativa, al donante-genitore genetico; ID., *L'inseminazione artificiale*, cit., p. 188; D'ADDINO SERRAVALLE, P., *op. cit.*, pp. 610 ss., secondo cui nel donatore manca la piena coscienza e consapevolezza dell'effetto procreativo che consegue all'atto di donazione, non potendosi pertanto considerare come fonte dell'assunzione della responsabilità genitoriale verso il nato.

#### 4. Figli generati con p.m.a. eterologa e diritto alla conoscenza delle proprie origini nell'esperienza giuridica spagnola

Il raffronto con l'esperienza spagnola rappresenta un terreno privilegiato di indagine comparatistica, se non altro perché il legislatore iberico è stato tra i primi a muoversi con decisione all'interno della delicata materia della procreazione medicalmente assistita. Il primo intervento normativo, sul punto, risale alla *Ley n. 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida*. Tuttavia, trattandosi di un settore fortemente interessato a partire dagli anni settanta dal progresso scientifico, il legislatore spagnolo, con *Ley n. 45/2003*<sup>54</sup>, ha ritenuto necessario effettuare un primo intervento di modifica al fine di adeguare la disciplina originaria alle mutate esigenze sociali, in continua evoluzione<sup>55</sup>.

La suddetta riforma, però, ha sollevato, sin da subito, dubbi e perplessità da parte della *Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida* che l'ha considerata incompleta e parzialmente rispondente alle necessità richieste. Le principali problematiche che riguardavano questo provvedimento normativo attenevano all'eccessiva limitazione dell'utilizzo degli embrioni crioconservati e non utilizzati a condizioni troppo restrittive e a scopi prevalentemente di ricerca<sup>56</sup>. In più, non consentiva di realizzare il massimo risultato con il minor rischio per la salute della donna che si sottoponeva a questo tipo di trattamento.

Da qui, si è reso necessario un ulteriore intervento del legislatore con la *Ley n. 14/2006 (c.d. LTRHA)*, diretta a riformare complessivamente la materia con un provvedimento di più ampio respiro<sup>57</sup>, anche prendendo in considerazione la maternità surrogata

---

<sup>54</sup> Il riferimento è alla *Ley n. 45/2003 de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida*.

<sup>55</sup> Da altro punto di vista, i cambiamenti sociali e culturali hanno spinto verso un'evoluzione dello stato del minore, sempre più considerato come un "sujeto activo llamado a participar en las decisiones que forman y conforman su personalidad": VILA RAMOS, B., «La posición del menor en el ordenamiento y el ejercicio de sus derechos fundamentales. Especial referencia a los supuestos conflictivos en el ámbito del Derecho de familia», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2018, pp. 1328 ss.

<sup>56</sup> Inoltre, ha previsto l'impianto di un massimo di tre ovociti per ciascun ciclo riproduttivo.

<sup>57</sup> Si tratta della *Ley n. 14/2006, de 26 mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*. Per l'evoluzione della disciplina a partire dal primo intervento legislativo del 1988,

(art. 10 LTRHA)<sup>58</sup> e le tecniche di riproduzione assistita con *fines terapéuticos para terceros* (art. 12.2. LTRHA)<sup>59</sup>. Il primo aspetto innovativo attiene alla caduta di qualsiasi distinzione tra pre-embrione crio-congelato e quelli generati in un successivo momento<sup>60</sup>. Quanto ai requisiti personali di accesso alle pratiche di riproduzione assistita è previsto che i dati dei soggetti coinvolti relativi all'impiego di tali tecniche devono essere raccolti in cartelle cliniche nel rispetto del criterio di riservatezza (art. 3 LTRHA)<sup>61</sup>.

---

PEÑASCO VELASCO, R., «La ética y el derecho ante los avances genéticos. La reproducción artificial en España. Tres décadas de problemas éticos y jurídicos sin resolver», in GARCÍA-CUEVAS ROQUE, E. (Dir.), *Ética del jurista y Ética social*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 289 ss.

<sup>58</sup> Dove si stabilisce “con total rotundidad su prohibición”, come confermato in seguito anche dal *Tribunal Supremo*: LÓPEZ SAN LUIS, R., «La gestacion por sustitucion altruista no elimina el aspecto contractual de la gestacion del así nacido», *Rev. de Castilla y León*, 2019, pp. 112 ss.; in seguito, a conferma della posizione negativa, STS, 31 de marzo de 2022, n. 277, in *poderjudicial.es*, secondo cui la maternità surrogata contrasta con i diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione spagnola e dalle convenzioni internazionali del minore e della madre, in quanto mercificati e considerati come oggetti, anziché come soggetti; in argomento, GARIBO PEYRÓ, A.P., «El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada», *Cuadernos de Bioética*, 2017, pp. 245 ss., per la quale “cuanto al hijo, no parece que ninguna regulación pueda evitarle el desgarró de la separación de la madre que lo gestó, su mercantilización, los problemas de identidad y problemas psicosociales que en su caso pueda tener, la imposibilidad en algunos casos de conocer sus orígenes biológicos y otros problemas que afectan a su interés superior”.

<sup>59</sup> Basti pensare all'ulteriore problema del cd. *bebé medicamento*, ossia al bambino nato con tecniche di riproduzione assistita per essere geneticamente compatibile con il fratello malato con la finalità di fornirgli le cure necessarie per salvargli la vita: FERNÁNDEZ, F.R., «Del hermano medicamento o salvador a la terapia génica: cuestiones legales respecto a la situación del menor ante los nuevos avances biomédicos», *Rev. der., emp. y soc.*, 2019, pp. 70 ss.

<sup>60</sup> Sul trattamento dei pre-embrioni crio-conservati, ALGARRA PRATS, E., «La regulación de la utilización de preembriones crioconservados y sus posibles destinos en la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Especial consideración a los problemas derivados de la falta de acuerdo en la pareja», in BUSTOS MORENO Y.B. y MÚRTULA LAFUENTE V. (coord. por), *El derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 17 ss.; GÓMEZ MONTORO, A.J., «El estatuto constitucional del no nacido: evolución y situación actual en España», *Rev. de Der. Politico*, 2018, pp. 65 ss.

<sup>61</sup> Ad ogni modo, la pluralità dei soggetti coinvolti nel processo di filiazione tramite tecniche di riproduzione assistita ha indotto a parlare di un “*principio general de co-responsabilidad de quienes participan en la generación*”: SOLÉ RESINA, J., *Nuevas maternidades y paternidades. Bases de un nuevo derecho de filiación*, in J. SOLÉ RESINA y V. ALMADA MOZETIC (Coord.), *Derechos fundamentales de los menores. (Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia)*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 64 s.

Tra le principali questioni di carattere bioetico e giuridico, sorte in Spagna, in relazione alle *técnicas de procreación humana asistida* si colloca il diritto alla conoscenza delle proprie origini<sup>62</sup>. In relazione alla condizione dei donatori, si statuisce la forma anonima della donazione e la riservatezza dei loro dati identificativi (*la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes*) *por los bancos de gametos*<sup>63</sup>; oltre il profilo del donatore, il legislatore si occupa specificamente anche della tutela *de los hijos nacidos* per il tramite di *técnicas de procreación humana asistida* ai quali ha attribuito il diritto, *por sí o por sus representantes legales*, ad ottenere *información general de los donantes que no incluya su identidad* (art. 5.5 LTRHA). Pertanto, un primo livello di informazioni di carattere generale è riconosciuto a prescindere da problemi di salute che interessano il concepito con inseminazione artificiale, ma con l'espresso limite di non potersi spingere fino a conoscere l'identità del donatore<sup>64</sup>. Un secondo livello di informazioni si possono ottenere in *circunstancias extraordinarias* che comportano un pericolo *cierto para la vida o la salud del hijo* o *cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales*. In tali casi è ammessa, in via eccezionale, la possibilità di risalire all'identità dei donatori superando il principio dell'anonimato, ove necessario *para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto*. Tali circostanze di grave pericolo per la vita o la salute del concepito con tecniche di riproduzione assistita non sono state ritenute, però, espressione del diritto alla conoscenza delle proprie origini, bensì volte piuttosto a “*salvar su derecho a la salud, a la vida o a la integridad*”<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> DE LA TORRE DÍAZ, F.J., *Bioética. Vulnerabilidad y responsabilidad al inicio de la vida*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 191 ss., spec. 210; nell'ambito della *filiación adoptiva*, ALVAREZ ESCUDERO, R., «El Derecho a la Identidad de los Niños. Proyecciones en materia de Filiación», in J. SOLÉ RESINA y V. ALMADA MOZETIC (Coord.), *op. cit.*, pp. 189 ss. Per l'ulteriore problema dell'estensione del diritto alla conoscenza delle proprie origini anche ai genitori v. ROMERO COLOMA, A.M., *Identidad genética frente a intimidación y pruebas de paternidad*, J.M. Bosch Editor, Barcellona, 2009, pp. 31 ss.

<sup>63</sup> Sul punto, con notazione critiche sulla scelta legislativa, ritenuta in contrasto con il sistema spagnolo e con la disciplina dell'adozione, IGAREDA GONZÁLEZ, N., «El derecho a conocer los orígenes biológicos versus el anonimato en la donación de gametos», *Derechos y Libertades*, 2014, pp. 228 ss.; EAD., «La donación anónima de gametos para reproducción humana asistida en España: problemas y retos», *Rev. Bio y Der.*, 2018, pp. 72 ss.

<sup>64</sup> Per l'inefficienza di tale regolamentazione, ROMERO COLOMA, A.M., *op. cit.*, pp. 42 ss.

<sup>65</sup> Lo afferma, RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F., *Orígenes biológicos y filiación subrogada*, in C. LASARTE ÁLVAREZ (dir.), *El reto de la gestación subrogada: luces y sombras*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 152 s.

Si è diffusa così la tendenza a superare le maglie della norma ed a riconoscere, in via generale, il diritto alla conoscenza delle proprie origini, sia pure attraverso percorsi interpretativi diversi<sup>66</sup>. Così, secondo un certo orientamento, il diritto alla conoscenza delle proprie origini possiede un fondamento costituzionale e rientra nell'ambito del diritto all'integrità fisica e morale previsto ai sensi del *art. 15 de la Constitución Española*, costituendo, pertanto, un diritto imprescindibile per ricostruire l'identità della persona<sup>67</sup>. In una diversa ottica, invece, argomentando dal riconoscimento di tale diritto nell'ambito dell'adozione e soprattutto ad opera degli artt. 7-8 della Convenzione dei diritti del fanciullo, si afferma l'esistenza del *derecho a conocer los orígenes biológicos*, quale diritto "*humano, fundamental y autónomo, parte del derecho a la identidad personal*"<sup>68</sup>.

## 5. Verità biologica e diritto alla conoscenza delle proprie origini nella fecondazione eterologa

L'evoluzione dell'esperienza spagnola milita nel senso del riconoscimento del diritto a conoscere le proprie origini anche nel caso del concepito con tecniche di p.m.a. eterologa. In primo luogo, giova rilevare come le relazioni familiari, ispirate tradizionalmente al binomio verità-responsabilità<sup>69</sup>, vengono ridefinite alla luce del

---

<sup>66</sup> E v. DE LORENZI, M., «El reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos en el ordenamiento jurídico español: ¿una materia pendiente?», *Rev. der., emp. y soc.*, 2016, pp. 102 ss., per la quale il diritto alla conoscenza delle proprie origini "*en los supuestos de reproducción humana asistida se ha enfrentado a mayores reticencias*", registrando però in tempi più recenti "*un progresivo cambio de rumbo hacia la abolición del secreto y la admisión de la investigación de los orígenes biológicos*". Cfr., altresì, FEMENÍA LÓPEZ, P.J., «El derecho a conocer el origen biológico por parte de los nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida; alcance, contenido y límites», in BUSTOS MORENO Y.B. y MÚRTULA LAFUENTE V. (coord. por), *op. cit.*, pp. 197 ss.

<sup>67</sup> DE LA TORRE DÍAZ, F.J., *op. cit.*, p. 220.

<sup>68</sup> DE LORENZI, M., *op. cit.*, pp. 106 ss.

<sup>69</sup> MANTOVANI, M., *op. cit.*, pp. 30 ss.

In passato, è conseguita la formazione di un filone giurisprudenziale teso ad escludere che ai fini dell'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, potesse rilevare in via esclusiva la valutazione dell'interesse del minore, Corte Cost., 22 aprile 1997, n. 112, in *Dejure on line*; Corte Cost., ord. 12 gennaio 2012, n. 7, *ivi*; Cass., 15 aprile 2005, n. 7924, *ivi*.



principio dei *best interests* del minore<sup>70</sup>, da valutare in relazione alla singola fattispecie concreta<sup>71</sup>; e, più in generale, alla luce di interessi compositi, specie allorché si tratti di soggetto concepito in modo artificiale non più minore di età<sup>72</sup>. Nel caso della procreazione assistita eterologa, al pari dell'adozione, quindi, occorre operare un bilanciamento di interessi<sup>73</sup>, potenzialmente contrastanti tra di loro, giacché l'interesse del genitore biologico-genetico e del donatore a rimanere anonimi confligge con quello a conoscere le proprie origini rispettivamente dell'adottato e del figlio procreato artificialmente<sup>74</sup>. In particolare, nell'ambito della fecondazione artificiale, la verità biologica sembra essere destinata a cedere il passo a valori diversi<sup>75</sup>.

---

<sup>70</sup> In proposito, MANTOVANI, M., *op. cit.*, pp. 30 ss., la quale osserva come l'interesse del minore può non coincidere con l'interesse alla veridicità del proprio stato o può, talora, mostrarsi dubbio. In giurisprudenza sull'argomento, Corte Cost., 18 dicembre 2017, n. 272, *cit.*, secondo cui l'interesse del minore è un principio consolidato non solo nell'ordinamento internazionale ma anche in quello interno e va, pertanto, considerato in concreto in tutte le decisioni che lo coinvolgono; Cass., 30 gennaio 2001, n. 1264, in *Dejure on line*; Cass., 3 aprile 2017, n. 8617, *cit.*, secondo cui il giudice è chiamato ad effettuare una valutazione comparativa degli interessi coinvolti prestando particolare rilievo a quelli del minore; App. Milano, ord. 25 luglio 2016, *ivi*.

<sup>71</sup> Secondo quanto rilevato *supra* al § 1.

<sup>72</sup> BARBA, V., «Las técnicas de procreación humana asistida», *cit.*, pp. 3 s., il quale evidenzia come il problema riguardare pure “*un adulto nacido recurriendo a técnicas de reproducción humana asistida y que posteriormente quiere una relación de filiación o desea conocer sus orígenes*”.

<sup>73</sup> Sul dibattito sorto in ordine all'individuazione dell'interesse/interessi tutelati dalla normativa, oltre alla questione relativa ad un possibile bilanciamento tra gli stessi, v. PERLINGIERI, G., «Ragionevolezza e bilanciamento», *cit.*, p. 723, per il quale tale “bilanciamento” più che considerarsi in termini di eguaglianza coinvolge “la riservatezza, la tutela della vita, l'identità personale e la salute”; OPPO, G., «Procreazione assistita e sorte del nascituro», *cit.*, pp. 100 ss.

<sup>74</sup> MANTOVANI, M., *op. cit.*, pp. 35 ss., la quale afferma che “un corretto bilanciamento tra gli interessi rilevanti nella concreta vicenda, implica che il giudice debba tener conto di “variabili molto più complesse della rigida alternativa vero o falso”. Sul punto, la giurisprudenza ha individuato nel corso del tempo alcune delle variabili da considerare, quali ad esempio la durata e la conservazione del rapporto con il minore, e quelle da escludere, come le modalità di concepimento o la costituzione di un rapporto giuridico con il genitore contestato in caso di adozione: Cass., Sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, *cit.*

<sup>75</sup> BARBA, V., «Las técnicas de procreación humana asistida», *cit.*, p. 9, secondo cui nella contrapposizione tra verità biologica e giuridica il legislatore opta per quest'ultima “*prescribiendo que la propia elección de recurrir a la PMA heteróloga impone a la pareja una responsabilidad parental respecto del hijo nacido, que no puede faltar en ningún caso*”.

Nel nostro ordinamento giuridico, il diritto all'individuazione delle proprie origini è già stato affrontato e risolto, in maniera per così dire "innovativa", riguardo all'adozione, in base a quanto previsto dall'art. 28 l. n. 184/1983, che stabilisce il diritto dell'adottato alla conoscenza della sua condizione di figlio adottivo, nonché di recuperare informazioni, al compimento del venticinquesimo anno di età, rispetto alle sue origini e all'identità dei suoi genitori, ovvero, sin dal compimento della maggiore età, in presenza di gravi e comprovati motivi attinenti alla sua salute psico-fisica<sup>76</sup>.

Del resto, tale prospettiva non è estranea, su un altro versante, alla posizione degli adottanti, ai quali l'art. 22, comma 7, l. n. 184/1983 riconosce il diritto ad ottenere informazioni sanitarie necessarie per la salute del minore ed il suo sviluppo<sup>77</sup>. Benché tale istituto presenti aspetti peculiari, diversi da quelli coinvolti nel caso dei figli nati con

---

<sup>76</sup> Da qui trae fondamento, sul piano normativo, il diritto di ciascun individuo alla conoscenza delle proprie origini: tra i numerosi contributi sul tema, senza pretesa di completezza, PERLINGIERI, G., «Ragionevolezza e bilanciamento», cit., p. 724, secondo cui i giudici, in modo particolare, devono analizzare "in prospettiva diacronica" gli interessi in concreto coinvolti al fine di stabilire, "volta per volta, la prevalenza dell'anonimato o del diritto a conoscere le proprie origini"; nonché, BUGETTI, M.N., «Sul difficile equilibrio», cit., pp. 628 ss.; DOGLIOTTI, M., *Adozione di maggiorenni e minori. Artt. 291-314. L. 4 maggio 1983, n. 184. Diritto del minore a una famiglia*, in *Cod. civ. comm.* Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2002, p. 640, secondo cui dopo una redazione tormentata dell'art. 28 della l. n. 184/1983 il risultato raggiunto è ambiguo e, per certi versi, del tutto inutile in quanto non vi è un obbligo sanzionato a carico dei genitori adottivi di informare il minore sulla sua condizione; FIGONE, A., «Sulla conoscenza delle proprie origini da parte dell'adottato», *Fam. e dir.*, 2003, pp. 72 ss., che evidenzia l'ambiguità del novellato testo dell'art. 28 frutto del compromesso di molteplici aspetti molto diversi tra di loro; GHIONNI, C., *Adozione internazionale e diritto alla famiglia*, Esi, Napoli, 2016, p. 172; LISELLA, G., «Ragioni dei genitori adottivi, esigenze di anonimato dei procreatori e accesso alle informazioni sulle origini biologiche dell'adottato nell'esegesi del nuovo testo dell'art. 28 l. 4 maggio 1983, n. 184», *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 415, il quale pur osservando come la novellazione dell'art. 28 abbia operato una vera e propria "rivoluzione" in materia prevedendo per l'adottato il diritto a conoscere le proprie origini rileva, allo stesso tempo, la fragilità di questa norma la cui osservanza è lasciata alla "buona volontà" dei genitori adottivi; ID., «Volontà della madre biologica di non essere nominata nella dichiarazione di nascita e diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini», *Dir. fam. pers.*, 2014, pp. 27 ss.; LIUZZI, A., «Il diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini: una vexata quaestio», *Fam. e dir.*, 2002, p. 91. In precedenza, CENCI, P., «Sul diritto dell'adottato di conoscere l'identità dei propri genitori naturali», *Dir. fam. pers.*, 1996, pp. 1551 ss., spec. 1557 s.

<sup>77</sup> PERLINGIERI, G., «Ragionevolezza e bilanciamento», cit., pp. 724 ss., spec. p. 726, che ricorre all'utilizzo della prospettiva diacronica anche in altri ambiti, come per il caso dei vincoli di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c.

fecondazione eterologa<sup>78</sup>, ai fini della ricostruzione della disciplina di quest'ultima<sup>79</sup>, si può considerare la regolamentazione in materia di adozione, in presenza di un evidente vuoto normativo<sup>80</sup>.

In via preliminare, il diritto alla conoscenza delle proprie origini si definisce come il diritto dell'individuo a risalire alle proprie radici biologico-genetiche<sup>81</sup>. Può essere considerato in via autonoma o come

---

<sup>78</sup> FERRANDO, G. «Il disconoscimento», cit., pp. 738 ss., per la quale benché il risultato di questi due istituti sia il medesimo, ossia quello di "dare un figlio ad una coppia che non può averne", diverse sono però le modalità attraverso le quali viene perseguito e la natura degli stessi; in seguito, DI LELLA, F., *op. cit.*, p. 86, secondo la quale una questione non marginale da affrontare riguarda il possibile emergere dell'interesse del figlio alla conoscenza delle proprie origini.

<sup>79</sup> In dottrina, v. MARELLA, M.R., «Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini biologiche. Contenuti e prospettive», *Giur. it.*, 2001, pp. 1771 ss., la quale rileva come tale diritto riconosciuto espressamente in favore dell'adottato non può che essere esteso anche al figlio generato con fecondazione eterologa.

<sup>80</sup> A favore del richiamo all'istituto dell'adozione, TRABUCCHI, A., voce «Inseminazione artificiale» (*diritto civile*), cit., p. 738; VESTO, A. *op. cit.*, p. 24, la quale "nelle more delle difformità esistenti tra le varie discipline dei diversi Paesi" rispetto al diritto del nato con fecondazione eterologa a conoscere l'identità dei genitori biologici considera "la questione non confrontabile con la disciplina dell'adozione"; v. anche FERRANDO, G., «Il disconoscimento del figlio nato da fecondazione artificiale eterologa», cit., pp. 738 ss., per la quale l'applicazione, in via analogica, delle norme sull'adozione deve aiutare a definire il quadro dei principi generali su cui si fonda il diritto italiano della filiazione; LANZILLO, R., «Fecondazione artificiale, "locazione di utero"», diritti dell'embrione, *Corr. giur.*, 1984, pp. 637 s. Di diverso avviso, D'AVACK, L., *op. cit.*, pp. 1012 ss., il quale trova "discutibile" l'analogia operata con l'istituto dell'adozione; DOGLIOTTI, M., *La filiazione fuori dal matrimonio. Artt. 250-290*, cit., pp. 1 ss., secondo cui con l'adozione il legislatore stabilisce un rapporto di filiazione tra soggetti estranei, mentre la "procreazione stessa può essere, in taluni casi, aiutata e garantita dalle tecniche di fecondazione assistita"; Corte Cost., 10 giugno 2014, n. 162, *cit.*; e, nella prospettiva di segnalare viepiù le differenze tra i due istituti, SANTOSUOSSO, F., *La fecondazione artificiale nella donna*, Giuffrè, Milano, 1961, pp. 115 ss.; BUSNELLI, F.D., «Procreazione artificiale e filiazione adottiva», *Famiglia*, 2003, pp. 2 ss., che si sofferma sulle "connessioni" tra procreazione artificiale e adozione; AZZARO, A.M., *La fecondazione artificiale tra atto e rapporto*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, pp. 227 ss., che rinviene però una direttrice comune nella volontà responsabile tanto nella procreazione biologica, quanto in quella artificiale, al pari dell'adozione; CHIAPPETTA, G., *op. cit.*, p. 384; MOROZZO DELLA ROCCA, P., «Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita», *Dir. fam. pers.*, 2005, pp. 211 ss.; CORTI, I., *op. cit.*, p. 515.

<sup>81</sup> NICCOLAI, S., «La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo», *Giur. cost.*, 2017, pp. 2990 ss., secondo la quale "la verità dell'origine non può dunque essere pretermessa, ma, tenuto conto del carattere "composito e complesso" dell'interesse del minore, dovranno essere ricercati i modi" per farla convivere con gli altri aspetti che in concreto riguardano il suddetto interesse "e in particolare con la condizione identitaria acquisita dal bambino"; NICOLUSSI, A., «La

espressione dell'identità e libertà della persona<sup>82</sup>. La conoscenza delle proprie origini consente lo sviluppo in modo pieno e libero della personalità di ciascun individuo e, pertanto, riflette un tratto peculiare della sua identità personale e sociale, a prescindere dalla minore età.

Attorno a tale diritto si è sviluppato nel tempo un nutrito dibattito dottrinale e giurisprudenziale con un vivace confronto tra autorità nazionali e internazionali di diverso livello, all'esito del quale la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto di consacrarlo come un diritto del figlio<sup>83</sup>. Anche a livello internazionale, diversamente dal nostro

---

filiazione nella cultura giuridica europea», Atti del XIII Colloquio Giuridico Internazionale, Roma 23-24 aprile 2008, *Civitas et Iustitia*, 2008, pp. 29 ss., spec. 54 ss., secondo il quale il consenso informato, manifestato previamente al percorso di procreazione artificiale, ostacolerebbe, fin dalla nascita, il figlio alla conoscenza delle proprie origini precludendo la possibilità per lo stesso, da un lato, di raggiungere la verità biologica, dall'altro, di instaurare un rapporto con il genitore; RODOTÀ, S., *La vita e le regole*, cit., p. 165, per il quale le innovazioni scientifiche e tecnologiche, nel campo della genetica, portano alla creazione di nuove figure di diritti tra cui è possibile annoverare il "diritto a conoscere la propria origine biologica"; STEFANELLI, S., «Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini», *Dir. fam.*, 2010, pp. 445 ss., che annovera il diritto a conoscere le proprie origini tra i diritti fondamentali dell'individuo.

Studi scientifici, in ambito psicologico, hanno evidenziato come il diritto a conoscere le proprie origini faccia parte di un processo dinamico identitario, fondato su un bisogno autobiografico, che si sviluppa maggiormente in talune fasi della vita come l'adolescenza, la genitorialità e così via: CASONATO, M., «Cercare le proprie origini: un diritto, un bisogno, un dovere?», *In-Mind*, 2023, 24, pp. 1 ss. del dattiloscritto.

<sup>82</sup> PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., pp. 58 s., il quale è dell'opinione che il minore non ha solo il diritto a conoscere le proprie origini genetiche "ma anche culturali e sociali"; ID., *La tutela dell'embrione, in La persona e i suoi diritti*, cit., p. 324; PARENTE, F., *op. cit.*, pp. 456 ss., testo e nota 24; PALAZZANI, L., «La dignità dell'embrione umano come problema», in ROSSANO R. e SIBILLA S. (a cura di), *La tutela giuridica della vita prenatale*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 133 ss.; MORELLI, S. e MORELLI, M.R., «Il diritto alla identità personale del nato da fecondazione eterologa al duplice vaglio della Corte costituzionale e della Cassazione», *Giust. civ.*, 1999, I, pp. 1333 ss.; PATTI, S., «Sulla configurabilità di un diritto della persona di conoscere le proprie origini biologiche», *Dir. fam.*, 1987, pp. 1315 ss.

<sup>83</sup> Corte Edu, 7 febbraio 2002, Mikulic c. Croazia, in *www.hudoc.echr.coe.int*; Corte Edu, 13 febbraio 2003, Odièvre c. Francia, n. 42326, in *Dejure on line*; Corte Edu, 13 luglio 2006, Jäggi c. Svizzera, in *www.echr.coe.int*; Corte Edu, 25 settembre 2012, Godelli c. Italia, in *Giust. civ.*, 2013, I, p. 1608; secondo cui l'esigenza della conoscenza delle proprie origini discende da un diritto personalissimo alla conservazione della propria identità.

Nella nostra giurisprudenza del Giudice delle Leggi, è stato ritenuto illegittimo l'art. 28, comma 7, l. n. 184/1983 nella parte in cui, su richiesta del figlio, non consente di risalire all'identità della madre che abbia dichiarato di non essere nominata, tramite

ordinamento, il diritto a conoscere le proprie origini riceve un significativo riscontro (artt. 7 Convenzione di New York del 20 novembre 1989 e 30 Convenzione dell’Aja del 29 maggio 1993)<sup>84</sup>. Di conseguenza, trattandosi di un principio sovranazionale, oltre ad essere elemento fondamentale per l’identità della persona, non può non essere considerato anche in riferimento ai nati con fecondazione eterologa<sup>85</sup>. Tuttavia, la ricerca della verità biologica, in questo contesto, si scontra con il problema di non secondaria importanza dell’anonimato dei donatori, corollario del principio di segretezza posto a tutela dei soggetti che si sottopongono a tali pratiche<sup>86</sup>. Pur mancando una previsione normativa dell’anonimato dei donatori nell’ambito della l. n. 40/2004, nella prassi si fa riferimento a quanto statuito dall’art. 14 d.lgs. 6 novembre 2007, n. 191, in materia di donazione e conservazione di tessuti e cellule umane, dove si stabilisce che i dati raccolti sono resi anonimi, in maniera tale da evitare che donatori e riceventi siano identificabili<sup>87</sup>. In tale direzione, sembra

---

eventuale revoca dell’iniziale dichiarazione, evitando in questo modo la cristallizzazione della volontà originaria: Corte Cost., 18 novembre 2013, n. 278, in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 13; sul punto, LISELLA, G., «Volontà della madre biologica di non essere nominata nella dichiarazione di nascita e diritto dell’adottato di conoscere le proprie origini», *ivi*, 2014, pp. 27 ss., secondo il quale la scelta operata dalla giurisprudenza costituzionale rende giustizia all’estrema rigidità delle previsioni normative in ordine alla “reversibilità del segreto”.

<sup>84</sup> Lo segnalano, INGENITO, C., «Il diritto del figlio alla conoscenza delle origini e il diritto della madre al parto anonimo alla luce della recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo», *Giust. civ.*, 2013, I, pp. 1608 ss.; STANZIONE, P., *op. cit.*, p. 863; STANZIONE, M.G., *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 9 ss., che ripercorre le tappe della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo.

<sup>85</sup> A questo proposito, STEFANELLI, S., «Diritto all’identità», *cit.*, pp. 474 ss.

<sup>86</sup> CHIAPPETTA, G., *op. cit.*, pp. 389 ss., secondo cui in relazione alla ricerca della verità biologica occorre chiedersi se operi in senso assoluto e quindi in tutte le ipotesi in cui si sia verificata una nascita o vada circoscritta al solo caso di procreazione naturale, quanto all’anonimato dei donatori e al segreto di chi si sottopone a tecniche di fecondazione assistita sono temi affrontati senza comprenderne la reale portata; CICERO, C. e PELUFFO, E., *op. cit.*, pp. 1290 ss., i quali affermano che “il dato più dolente della disciplina potrebbe dirsi caratterizzato dal mantenimento dell’anonimato del donatore e dal conseguente divieto, in capo al nascituro, di conoscere il proprio patrimonio genetico”. Cfr., altresì, Corte Cost., 10 giugno 2014, n. 162, *cit.*

<sup>87</sup> In relazione alla protezione dei dati e tutela della riservatezza l’art. 14 d.lgs. 6 novembre 2007, n. 191 stabilisce che tutti i dati, comprese le informazioni genetiche, raccolti ai sensi delle disposizioni vigenti e del presente decreto ed ai quali abbiano accesso terzi, sono resi anonimi in modo tale che né il donatore, né il ricevente

muoversi l'esperienza empirica in materia di p.m.a., attestando una tendenza delle cliniche e dei centri autorizzati alle tecniche di riproduzione medicalmente assistita a negare il diritto alla conoscenza delle proprie origini e a riconoscere il più assoluto anonimato come regola generale, salvo ipotesi eccezionali legate a gravi problemi di salute del diretto interessato<sup>88</sup>. Questo genere di impostazione non è estranea ad alcuni ordinamenti e, in particolare, al sistema spagnolo, che tra i primi in Europa si è occupato della regolamentazione delle tecniche di p.m.a. ed anche dello specifico profilo del diritto all'anonimato.

In quest'ottica, il diritto all'identità genetica richiede un bilanciamento di complessi interessi<sup>89</sup>, quali il diritto all'anonimato del donatore-genitore genetico e la tutela dell'integrità della persona<sup>90</sup>. Pertanto, è necessario adottare soluzioni ragionevoli e adeguate alla normativa non solo nazionale, ma anche sovranazionale, nel rispetto dei valori fondamentali riconosciuti nel nostro ordinamento<sup>91</sup>. *De jure*

---

siano identificabili.

<sup>88</sup> Nel modello di dichiarazione di consenso informato per le tecniche di procreazione medicalmente assistita pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 17/02/2017 si contempla, al punto 14, la sola possibilità per il nato da fecondazione di tipo eterologa, una volta adulto, di poter essere oggetto di anamnesi medica inappropriata, se non a conoscenza della modalità del proprio concepimento.

<sup>89</sup> In argomento, CICERO, C. e PELUFFO, E., *op. cit.*, pp. 1290 ss., per i quali tra i tre principi cardine a cui si ispira la normativa in materia di p.m.a. si colloca, oltre al "principio vita" e al "principio famiglia", anche il "principio-persona" considerando il diritto all'identità genetica; GORGONI, A., *op. cit.*, p. 130, il quale è dell'opinione che, anche rispetto alla procreazione eterologa, il diritto all'identità genetica deve essere garantito sia come tutela della salute del nato, sia come diritto a conoscere le proprie origini, "almeno quanto alla conoscenza delle modalità della propria nascita".

<sup>90</sup> PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., pp. 58 ss., che considera la l'anonimato del donatore come una delle principali criticità dell'inseminazione eterologa; in senso contrario, per l'anonimato dei donatori, SANTOSUOSSO, F., *La fecondazione artificiale umana*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 59 ss.

<sup>91</sup> PERLINGIERI, G., «Ordine pubblico e identità culturale», *cit.*, pp. 340 ss., secondo il quale la legge 40 del 2004 si concentra sulla tutela dell'interesse del minore a non essere oggetto di traffici giuridici, ciò induce a riconoscere nei confronti del minore un rapporto genitoriale anche in assenza di un legame biologico al fine di dare stabilità e continuità all'ambiente domestico, garantendo, per altro verso, la formazione e educazione dello stesso; DI LELLA, F., *op. cit.*, p. 92; D'AVACK, L., *op. cit.*, pp. 1006 ss., il quale evidenzia come la stessa giurisprudenza costituzionale si sia soffermata a lungo sui diritti della coppia che ricorrono alle pratiche di fecondazione medicalmente assistita, rimanendo, per altro verso, del tutto sfuggente, ai diritti dei minori nati in seguito alle stesse, i quali si confrontano con una realtà caratterizzata,

*condito*, il diritto alla conoscenza delle proprie origini va riconosciuto all'interno del nostro sistema anche ai nati con procreazione artificiale eterologa. In tale direzione, oltre al dato comparatistico ed internazionale, depone il principio dello stato unico di filiazione (art. 315 c.c.), nella misura in cui il concepito con tecniche di procreazione medicalmente assistita non può essere meno tutelato del figlio concepito naturalmente e di quello adottivo. La concreta applicazione di tale principio impone, cioè, di tener conto di quanto riconosciuto per il figlio adottivo e di considerare che un trattamento diverso non sarebbe coerente con il precetto in questione.

*De jure condendo*, tuttavia, è auspicabile un intervento normativo in materia volto a riconoscere tale diritto esplicitamente nell'ambito delle tecniche di p.m.a., al raggiungimento della maggiore età, anche a prescindere dalla sussistenza di gravi e comprovati motivi attinenti alla salute psico-fisica, come previsto in materia di adozione (art. 28, comma 5, l. n. 184/1983), perlomeno nell'ipotesi in cui l'anonimato non sia indispensabile per il donatore<sup>92</sup>. Inoltre, dovrebbero esserne regolate le modalità e predisposto, altresì, un sistema di tutele nei riguardi dell'interessato, allo scopo di consentirne l'esercizio concreto ed effettivo.

## Bibliografia

ALGARRA PRATS, E., «La regulación de la utilización de preembriones crioconservados y sus posibles destinos en la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Especial consideración a los problemas derivados de la falta

---

spesse volte, da asimmetria (ad esempio, per dissociazione tra madre gestante e quella genetica o tra il padre sociale e quello genetico).

<sup>92</sup> D'altro canto è bene considerare che una cosa è tutelare la riservatezza del donatore e del ricevente per i terzi e un'altra è, invece, imporre l'anonimato nei confronti dei diretti interessati anche quando vi sia una volontà di entrambi di segno contrario. Nel contesto del trapianto degli organi, si veda quanto affermato, sulle ragioni dell'anonimato, dal Comitato Nazionale per la Bioetica, «Parere in merito alla conservazione dell'anonimato del donatore e del ricevente nel trapianto di organi», 27 settembre 2018, <https://bioetica.governo.it>, pp. 6 ss., dove si discute anche circa l'ammissibilità di accordi in deroga con il consenso del donatore e del ricevente “previa firma da parte di entrambe di un consenso informato”.

de acuerdo en la pareja», in BUSTOS MORENO Y.B. y MÚRTULA LAFUENTE V. (coord. por), *El derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, Dykinson, Madrid, 2021, p. 17.

ALVAREZ ESCUDERO, R., «El Derecho a la Identidad de los Niños. Proyecciones en materia de Filiación», in J. SOLÉ RESINA y V. ALMADA MOZETIC (Coord.), *Derechos fundamentales de los menores. (Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia)*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 181.

AZZARO, A.M., «La fecondazione artificiale tra atto e rapporto», *Dir. fam. pers.*, 2005, p. 227.

BALDINI, G., «La legge sulla procreazione medicalmente assistita: profili problematici, prime esperienze applicative e prospettive», *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 295.

BAL FILORAMO, L., «Vissuti di sterilità nella coppia e procreazione assistita», *Dir. fam. pers.*, 2001, p. 314.

BARBA, V., «L'ordine pubblico internazionale», *Rass. dir. civ.*, 2018, II, p. 403.

BARBA, V., «Las técnicas de procreación humana asistida, la responsabilidad de los padres y el interés del menor entre ley y jurisprudencia italiana», *Actualidad Civil*, 2022, f. 1, p. 1.

BARBA, V., «Famílias recompuestas y derecho de sucesiones: una posible propuesta de regulación», *Revista de Derecho Civil*, 2022, vol. IX, n.3, p.157.

BELLELLI, A., «La sperimentazione sugli embrioni: la nuova disciplina», *Familia*, 2004, p. 979.

BERTI DE MARINIS, G., «Il ruolo della giurisprudenza nell'evoluzione della disciplina in tema di procreazione medicalmente assistita», *Resp. civ. e prev.*, 2014, p. 1715.

BIANCA, C.M., «Disconoscimento del figlio nato da procreazione assistita: la parola della Cassazione», *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1317.

BIANCA, C.M., «Nuove tecniche genetiche, regole giuridiche e tutela dell'essere umano», *Nomos*, 2020, p. 1.

BRUNESE, P., *La legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita. Una legge mal riuscita*, Esi, Napoli, 2022.

BUGETTI, M.N., «Il diritto all'anonimato della madre incapace prevale sul diritto del figlio a conoscere le proprie origini», *Fam. e dir.*, 2021, p. 747.



BUGETTI, M.N., «L'unicità dello stato di filiazione (anche per i figli nati da p.m.a. erroneamente praticata)», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 1415.

BUGETTI, M.N., «Sul difficile equilibrio tra anonimato materno e diritto alla conoscenza delle proprie origini: l'intervento delle Sezioni Unite», *Corr. giur.*, 2017, p. 624.

BUSNELLI, F.D., «Libertà di coscienza etica e limiti della norma giuridica: l'ipotesi della procreazione medicalmente assistita», *Familia*, 2003, p. 263.

BUSNELLI, F.D., «La famiglia e l'arcipelago familiare», *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 509.

BUSNELLI, F.D., «Nascere (o anche "morire") con dignità: un traguardo problematico per l'embrione», *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 393.

BUSNELLI, F.D., «Procreazione artificiale e filiazione adottiva», *Familia*, 2003, p. 1.

BUSNELLI, F.D., «Procreazione artificiale: una giurisprudenza "in trincea"», in COMPORTI M. e MONTICELLI S. (a cura di), *Studi in onore di Ugo Majello*, Esi, Napoli, 2005, vol. I, p. 279.

CARBONE, V., «Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia», *Fam. dir.*, 2014, p. 761.

CAREDDA, V., «Stato dei figli e violazione dei divieti nella legge sulla procreazione medicalmente assistita», *Familia*, 2005, p. 265.

CARPIGNANO, M., «Il rischio di abusi nella procreazione assistita», *Dir. fam. pers.*, 2001, p. 328.

CASONATO, M., «Cercare le proprie origini: un diritto, un bisogno, un dovere?», *In-Mind*, 2023, 24, p. 1.

CASSANO, G., «I figli della scienza in Cassazione: il principio di autoresponsabilità e l'art. 235 c.c. (una novità giurisprudenziale in tema di fecondazione artificiale eterologa)», *Dir. fam. pers.*, 1999, p. 1095.

CENCI, P., «Sul diritto dell'adottato di conoscere l'identità dei propri genitori naturali», *Dir. fam. pers.*, 1996, p. 1551.

CHIAPPETTA, G., «Anonimato e procreazione medicalmente assistita», in COMPORTI M. e MONTICELLI S. (a cura di), *Studi in onore di Ugo Majello*, Esi, Napoli, 2005, vol. I, p. 383.

CICERO, C. e PELUFFO, E., «L'incredibile vita di Timothy Green e il giudice legislatore alla ricerca dei confini tra etica e diritto; ovvero, sia,

quando diventare genitori non sembra (apparire) più un dono divino», *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 1290.

CORTI, I., *La procreazione assistita*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Ferrando, vol. III, *Filiazione e adozione*, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 491.

D'ADDINO SERRAVALLE, P., «L'individuazione della madre e del padre con riferimento all'inseminazione artificiale eterologa», *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 604.

D'AVACK, L., «Cade il divieto dell'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare», *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 1005.

DE LA TORRE DÍAZ, F.J., *Bioetica. Vulnerabilidad y responsabilidad al inicio de la vida*, Dykinson, Madrid, 2016.

DE LORENZI, M., «El reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos en el ordenamiento jurídico español: ¿una materia pendiente?», *Rev. der., emp. y soc.*, 2016, p. 101

DI LELLA, F., «Osservazioni in margine alla rimessione alla Consulta del divieto di fecondazione eterologa», *Dir. giur.*, 2011, p. 78.

DOGLIOTTI, M., *Adozione di maggiorenni e minori. Artt. 291-314. L. 4 maggio 1983, n. 184. Diritto del minore a una famiglia*, in *Cod. civ. comm.* Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2002.

DOGLIOTTI, M., «Ancora sull'inseminazione eterologa e sull'azione di disconoscimento», *Fam. dir.*, 1996, p. 34.

DOGLIOTTI, M., *La filiazione fuori dal matrimonio. Artt. 250-290*, in *Cod. civ. comm.* Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2015.

FEMENÍA LÓPEZ, P.J., «El derecho a conocer el origen biológico por parte de los nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida; alcance, contenido y límites», in Y.B. BUSTOS MORENO y V. MÚRTULA LAFUENTE (coord. por), *El derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, Dykinson, Madrid, 2021, p. 197.

FERNÁNDEZ, F.R., «Del hermano medicamento o salvador a la terapia génica: cuestiones legales respecto a la situación del menor ante los nuevos avances biomédicos», *Rev. der. emp. y soc.*, 2019, p. 69.

FERRANDO, G., «Il disconoscimento del figlio nato da fecondazione artificiale eterologa», *Dir. fam. pers.*, 1997, p. 738.

FERRANDO, G., voce «Filiazione legittima e naturale», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Utet, Torino, 1992, 4ª ed., vol. VIII, p. 297.

FIGONE, A., «Sulla conoscenza delle proprie origini da parte dell'adottato», *Fam. e dir.*, 2003, p. 72.

GALUPPI, G., «La Procreazione artificiale: motivazioni psicologiche e problemi sociali», *Dir. fam. pers.*, 2001, p. 302.

GARIBO PEYRÓ, A.P., «El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada», *Cuadernos de Bioética*, 2017, p. 245.

GHIONNI, C., *Adozione internazionale e diritto alla famiglia*, Esi, Napoli, 2016.

GÓMEZ MONTORO, A.J., «El estatuto constitucional del no nacido: evolución y situación actual en España», *Rev. de Der. Politico*, 2018, p. 49.

GORASSINI, A., voce «Procreazione» (dir.civ.), in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, XXXVI, 1987, p. 968.

GORGONI, A., «La rilevanza della filiazione non genetica», *Dir. succ. fam.*, 2018, p. 123.

GROSSI, P., *Percorsi nel giuridico pos-moderno*, Editoriale Scientifica, Napoli, vol. 75, 2017.

IGAREDA GONZÁLEZ, N., «El derecho a conocer los orígenes biológicos versus el anonimato en la donación de gametos», *Derechos y Libertades*, 2014, p. 227.

IGAREDA GONZÁLEZ, N., «La donación anónima de gametos para reproducción humana asistida en España: problemas y retos», *Rev. Bio y Der.*, 2018, p. 71.

INGENITO, C., «Il diritto del figlio alla conoscenza delle origini e il diritto della madre al parto anonimo alla luce della recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo», *Giust. civ.*, 2013, I, p. 1608.

LANZILLO, R., «Fecondazione artificiale, "locazione di utero", diritti dell'embrione», *Corr. giur.*, 1984, p. 635.

LISELLA, G., «Ragioni dei genitori adottivi, esigenze di anonimato dei procreatori e accesso alle informazioni sulle origini biologiche dell'adottato nell'esegesi del nuovo testo dell'art. 28 l. 4 maggio 1983, n. 184», *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 413.

LISELLA, G., «Volontà della madre biologica di non essere nominata nella dichiarazione di nascita e diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini», *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 27.

LIUZZI, A., «Il diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini: una vexata quaestio», *Fam. e dir.*, 2002, p. 89.

LOJACONO, V., voce «Inseminazione artificiale (dir. civ.)», in *Enc. dir.*, XXI, Giuffrè, Milano, 1971, p. 757

LOMBARDI, R., «Implicazioni psicologiche della riproduzione artificiale eterologa (AID)», *Dir. fam. pers.*, 1998, p. 661.

LÓPEZ SAN LUIS, R., «La gestacion por sustitucion altruista no elimina el aspecto contractual de la gestacion del asì nacido», *Rev. de Castilla y León*, 2019, p. 107.

MAJELLO, U., «Inseminazione artificiale e adozione», *Studi senesi*, 1964, p. 115.

MANTOVANI, M., *Lo stato di figlio artt. 231 - 249*, in *Cod. civ. comm.* Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2022.

MARELLA, M.R., «Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini biologiche. Contenuti e prospettive», *Giur. it.*, 2001, p. 1768.

MASTROPAOLO, F., «Aspetti giuridici delle manipolazioni biologiche», *Quadrimestre*, 1989, p. 274.

MENDOLA, A., «Favor minoris e presidio del dato biologico», *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 551.

MIGNONE, C., «Nuove sfide del diritto di famiglia. Il ruolo dell'interprete», *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 1029.

MOROZZO DELLA ROCCA, P., «Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita», *Dir. fam. pers.*, 2005, p. 211 s.

MORELLI, S. e MORELLI, M.R., «Il diritto alla identità personale del nato da fecondazione eterologa al duplice vaglio della Corte costituzionale e della Cassazione», *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1333.

MUSIO, A., «Misure di tutela dell'embrione», in STANZIONE P. e SCIANCALEPORE G. (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 205 s.

NICCOLAI, S., «La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo», *Giur. cost.*, 2017, p. 2990.

NICOLUSSI, A., «Famiglia e biodiritto civile», *Europa e dir. priv.*, 2019, f. 3, p. 713.

NICOLUSSI, A., «La filiazione nella cultura giuridica europea», Atti del XIII Colloquio Giuridico Internazionale, Roma 23-24 aprile 2008, *Civitas et Iustitia*, 2008, p. 29.

OPPO, G., «Procreazione assistita e sorte del nascituro», *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 99.

OPPO, G., «Scienza, diritto, vita umana», *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 11.

PAGANELLI, M., «Diritti della personalità. L'individuo e il gruppo», in LIPARI N. (a cura di), in *Trattato di diritto privato europeo*, Cedam, Padova, 2003, 2ª ed., vol. I, p. 399.

PALAZZANI, L., «La dignità dell'embrione umano come problema», in ROSSANO R. e SIBILLA S. (a cura di), *La tutela giuridica della vita prenatale*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 127.

PALAZZANI, L., «La legge italiana sulla procreazione assistita: aspetti filosofico-giuridici», *Dir. fam. pers.*, 1999, I, p. 746.

PALAZZO, A., *La filiazione*, in *Trattato Cicu, Messineo e Mengoni*, continuato da Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2007, p. 13.

PANE, R., «La procreazione medicalmente assistita tra istanze di rinnovamento e tutela del nato», *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 1419.

PARENTE, F., «La “biogiuridicità” della vita nascente tra “libertà” della ricerca biomedica e “dinamismo” della tutela dei valori esistenziali dell'uomo», *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 444.

PATTI, S., «Sulla configurabilità di un diritto della persona di conoscere le proprie origini biologiche», *Dir. fam. pers.*, 1987, p. 1315.

PEÑASCO VELASCO, R., «La ética y el derecho ante los avances genéticos. La reproducción artificial en España. Tres décadas de problemas éticos y jurídicos sin resolver», in GARCÍA-CUEVAS ROQUE, E. (Dir.), *Ética del jurista y Ética social*, Dykinson, Madrid, 2022, p. 289.

PERLINGIERI, G., «Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi», *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 101.

PERLINGIERI, G., «Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale», *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 716.

PERLINGIERI, G., «Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata», *Dir. succ. fam.*, 2, 2019, p. 337.

PERLINGIERI, G. e ZARRA, G., *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019.

PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo*, Esi, Napoli, 2020, 4ª ed., vol. III.

PERLINGIERI, P., *Il diritto del minore all'assistenza: aspetti problematici ed attuativi*, in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Esi, Napoli, 2005.

PERLINGIERI, P., *L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative*, in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Esi, Napoli, 2005.

PERLINGIERI, P., «Sulla famiglia come formazione sociale», *Dir. giur.*, 1979, p. 775.

PICCININI, S., Una legislazione per la procreazione assistita», in AZZARO A.M. (a cura di), *Procreazione assistita e diritti della persona. Problemi attuali del diritto di famiglia*, Atti del Convegno di Urbino 24 giugno 2000, Esi, Napoli, 2001, p. 71.

PONZANELLI, G., «La “forza” e la “purezza” degli status: disconoscimento di paternità e inseminazione eterologa», *Fam. dir.*, 1994, p. 186.

PRISCO, I., «I rapporti di filiazione nelle unioni omosessuali. Uso e abuso del criterio del best interest del minore», *Foro nap.*, 2017, p. 679.

QUADRI, E., «La nuova disciplina della procreazione assistita», in AA.VV., *La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, RCS Quotidiani S.p.a., Milano, 2005, p. 41.

RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F., «Orígenes biológicos y filiación subrogada», in LASARTE ÁLVAREZ C. (dir.), *El reto de la gestación subrogada: luces y sombras*, Dykinson, Madrid, 2021, p. 149.

RECINTO, G., *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Esi, Napoli, 2016.

RODOTÀ, S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2018, 3<sup>a</sup> ed.

RODOTÀ, S., *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna, 2021, 2<sup>a</sup> ed.

ROMERO COLOMA, A.M., *Identidad genética frente a intimidad y pruebas de paternidad*, J.M. Bosch Editor, Barcellona, 2009, p. 13.

ROSSI CARLEO, L., «Maternità surrogata e status del nato», in COMPORTI M. e MONTICELLI S. (a cura di), *Studi in onore di Ugo Majello*, Esi, Napoli, 2005, vol. II, p. 599.

PASTORE, C.S., «L'embrione umano tra tutela della ricerca scientifica e diritti della personalità», *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 730.

SALANITRO, U., «Spigolature in tema di diritti del concepito e accesso alla procreazione assistita», *Giust. civ.*, 2015, I, p. 853.

SANTOSUOSSO, F., *La fecondazione artificiale nella donna*, Giuffrè, Milano, 1961.

SANTOSUOSSO, F., *La fecondazione artificiale umana*, Giuffrè, Milano, 1984.

SCALISI, V., «Maternità surrogata: come "far cose con regole"», *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1097.

SCIANCELEPORE, G., «Norme in materia di procreazione assistita: principi generali», in STANZIONE P. e SCIANCELEPORE G. (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 1.

SCHILLACI, A., «Oltre la "rigida alternativa" tra vero e falso: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/2017 della Corte Costituzionale», *Giur. cost.*, 2018, p. 385.

SEMIZZI, C., «Rilievi giuridici sulla inseminazione artificiale», *Giur. it.*, 1984, IV, c. 41.

SOLÉ RESINA, J., «Nuevas maternidades y paternidades. Bases de un nuevo derecho de filiación», in SOLÉ RESINA J. y ALMADA MOZETIC V. (Coord.), *Derechos fundamentales de los menores. (Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia)*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 51.

STANZIONE, M.G., *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, Giappichelli, Torino, 2015.

STANZIONE, P., «Procreazione assistita e categorie civilistiche», in AA. VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno. Il Diritto privato. 1. Persone, famiglia, successioni e proprietà*, Milano, 1998, p. 859.

STEFANELLI, S., «Diritto all'identità», in SASSI A., SCAGLIONE F. e STEFANELLI S., *La filiazione e i minori*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Utet, Torino, 2ª ed., 2018, vol. IV, p. 435.

STEFANELLI, S., «Non è incostituzionale il divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie omosessuali femminili», *ilfamiliarista.it*, 5 febbraio 2020.

STEFANELLI, S., «Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini», *Dir. fam. pers.*, 2010, p. 426.

TAFARO, L., «La clausola generale di dignità umana e l'età nel sistema italo-comunitario», in AA.VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Atti del 1° Convegno nazionale SISDIc, Capri 7-8-9 aprile 2005, Esi, Napoli, 2006, p. 309.

TRABUCCHI, A., «Fecondazione artificiale e legittimità dei figli», *Giur.it.*, 1957, I, c. 217.

TRABUCCHI, A., voce «Inseminazione artificiale» (diritto civile), in *Noviss. Dig. It.*, Utet, Torino, VIII, 1962, p. 732.

TRABUCCHI, A., «La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità», *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 597.

TRABUCCHI, A., «Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista», *Riv. dir. civ.*, 1986, p. 495.

VENUTI, M.C., «Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale dei single, conviventi e parti unite civilmente», *GenIUS*, 2018, p. 85.

VERCELLONE, P., *La filiazione legittima, naturale, adottiva e la procreazione artificiale*, in *Trattato Vassalli*, Utet, Torino, 1987, vol. III, t. 2.

VERCELLONE, P., voce «Procreazione artificiale», in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Utet, Torino, 4<sup>a</sup> ed., vol. XV, 1997, p. 310.

VESTO, A., *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Giappichelli, Torino, 2018.

VILA RAMOS, B., «La posición del menor en el ordenamiento y el ejercicio de sus derechos fundamentales. Especial referencia a los supuestos conflictivos en el ámbito del Derecho de familia», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2018, p. 1327.



# L'attribuzione della genitorialità al minore nato dalla gestazione per altri: il letto di Procuste delle Ss.Uu. n. 38162/2022

*Edoardo Messineo*

**ABSTRACT:** Il contributo affronta il tema della attribuzione della genitorialità al minore nato da gestazione per altri. In particolar modo ci si sofferma sulla ricostruzione della giurisprudenza più recente con particolare riferimento alle pronunce delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione italiana. Emerge, nonostante il pregevole sforzo ermeneutico delle corti, la persistente idea che, nella regolazione dei plurimi interessi che si scontrano nella fattispecie presa in esame, il diritto civile possa avere in sostanza una natura sanzionatoria.

**RESUMEN:** Esta contribución aborda la cuestión de la atribución de la paternidad a un niño nacido como resultado de una gestación por cuenta ajena. En particular, se centra en la reconstrucción de la jurisprudencia más reciente, con especial referencia a los pronunciamientos de las Secciones Unidas del Tribunal Supremo italiano. Lo que emerge, a pesar de los valiosos esfuerzos hermenéuticos de los tribunales, es la persistente idea de que, en la regulación de los múltiples intereses que entran en colisión en el caso que nos ocupa, el derecho civil puede tener esencialmente un carácter sancionador.

**SOMMARIO:** 1. Un caso mitologico. – 2. Il vuoto normativo e l'utilizzo delle figure sintomatiche nell'ordinanza di remissione 1842/2022. – 3. L'argomento della interpretazione costituzionalmente conforme e il ritorno alla adozione in casi particolari. – 4. L'approccio punitivo e il legame fra reato e nullità. – 5. In attesa di un nuovo Teseo.

## 1. Un caso mitologico

Una delle narrazioni più suggestive della “biblioteca storica” di Diodoro siculo è quella che racconta le avventure dell’eroe Teseo. Fra queste spicca senz’altro l’incontro con Procuste, il quale dietro il volto di un locandiere ospitale nascondeva un macabro segreto. L’ospitalità di Procuste rimane indimenticata nella storia e questo perché il tetro locandiere era solito far accomodare i suoi ospiti in letti che non erano in grado di contenerli, salvo poi amputare o stirare i malcapitati per renderli conformi alla lunghezza del lugubre giaciglio.

Il mito è noto, e forse – come sempre fa il linguaggio mitico – può essere di aiuto al giurista per districarsi nel ginepraio di decisioni che nel corso degli ultimi anni si sono affastellate in tema di attribuzione di genitorialità al minore nato da gestazione per altri.

In questo contesto infatti l’approccio della giurisprudenza, lo si vedrà, è stato volto a ritagliare la posizione giuridica del minore in base alle esigenze di prevenzione del fenomeno c.d. di surrogazione di maternità, amputando talvolta la possibilità del minore di vedersi riconosciuti posizioni di vantaggio rispetto alla coppia genitoriale e questo con un indubbio nocumento della costruzione della sua complessa identità.

Scopo del presente contributo è quello di contestualizzare le battute di arrivo dell’annoso di battito e che si concretano in modo particolare nella Sentenza a Sezione Unite del 30 dicembre 2022 n. 30162 e nella ordinanza di remissione che ad essa ha dato luogo. E questo in quanto i due pronunciamenti si configurano come esempi di due approcci sostanzialmente diversi, come si vedrà, al fenomeno.

Ma si proceda con ordine

Il concetto di genitorialità è legato in prima battuta ad un’azione: quella generativa<sup>1</sup>. Ma in essa non si esaurisce. Alla capacità generativa

---

<sup>1</sup> In merito alla categoria della generatività, senza aspirazione di completezza, nella sterminata letteratura si rinvia a IULA, E., *Noi figli della decostruzione, Saggio di etica generativa*, Edizioni Efesto, Roma, 2020, in cui l’a. pone il problema della categoria della *generatività* in rapporto a quella della *dispersione* intesa come la “mancanza di legami capaci di garantire a cose e persone, la coesione necessaria a rendere stabile il presente e a suscitare novità per l’avvenire”. Nella teorica dell’a. la generatività emerge come dimensione duale e dunque nella dimensione del *legame*. Il senso della generatività si comprende solo se posto in relazione ad altri due “pilastri” il *vuoto* e

se ne accompagna un'altra quella accuditiva. In questo senso la procreazione sarebbe un fenomeno fattuale legato al desiderio dei genitori di portare avanti il proprio patrimonio genetico<sup>2</sup> occupandosi

---

*l'istituzione*. Il primo termine cui fare riferimento è il *vuoto* la cui comprensione è di per sé generativa “perché rappresenta una sollecitazione continua ad andare verso l'altro...una sorta di luogo sorgivo dell'insoddisfazione assoluta”. È dalla consapevolezza del vuoto che nasce l'istanza del legame il quale “fornisce al vuoto la possibilità ontologica di uno scambio”. Scambio che ha le caratteristiche di una trasmissione che richiama l'idea di normatività quale componente strutturale del legame, in grado di attribuire solidità alla costruzione della realtà sociale. Le norme infatti per l'a. “stabiliscono uno standard ontologico che situa valori e fini, designando inoltre i canoni dell'intellegibilità sociale”; esse d'altro canto rappresentano anche un “limite dell'agire sociale, dato dalla sua condivisibilità e dalla sua riconoscibilità”: emerge così il terzo pilastro della generatività: l'istituzione. Quanto alla normatività intesa come standard di una determinata comunità si veda BUTLER, J., *La disfatta del genere*, trad.it. GURLANDO, O., Booklet Milano, Roma, 2006 (2004), p. 78 e ID. in *Questione di genere. Il femminismo e la sovversione dell'identità*, trad. it. ADAMO, S., Editori Laterza, Roma, 2006 (1990), p. 27. Con riferimento all'emersione della categoria della generatività come fase dello sviluppo umano si rimanda a ERIKSON, E., *Childhood and society*, W. W. Norton & Co., London, 1950, p. 222 ss. In senso parzialmente diverso, poiché non ricollega l'aspetto generativo ad una fase specifica della evoluzione umana, ma ricalca l'idea di generatività come continua trasmissione, si veda KOTRE, J., *Outliving the Self. How we live on in future generations*, W. W. Norton & Co., New York, 1984, p. 10 in cui l'autore definisce la generatività come “il desiderio di investire la propria sostanza in forme di vita e di lavoro che sopravvivranno a sé stessi”. In particolare l'autore individua quattro forme in cui la generatività si manifesta: quella biologica, quella parentale, quella tecnica e quella culturale.

- <sup>2</sup> Quanto alla rilevanza del legame genetico si veda nella letteratura scientifica BJORKLUND, D., PELLEGRINI, A. D., *The origins of human nature*, Washington DC, 2002; EDWARDS, J., *Undoing kinship*, in FREEMAN, T., GRAHAM, S., EBTAHAJE, F., RICHARDS (a cura di), *Relatedness in assisted reproduction: families, origins and identities*, 2014, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 44 ss. Nel panorama nazionale si veda CARONE, N., *In origine è il dono*, ilSaggiatore, Milano, 2016. Sul discorso relativo alle origini si veda PRETA, L. (a cura di), *La narrazione delle origini*, Laterza, Roma-Bari, 1991. Sulla rilevanza sociale della genetica si veda BYC, C., *Regole per la procreazione*, in *Una norma giuridica per la bioetica*, MAZZONI, C. M. (a cura di), Il Mulino, Bologna, pp. 93 ss. Sulla procreazione come fenomeno culturale si veda fra gli altri ZONABEND, F., *De la famille, regard ethnologique sur la parenté et le mariage*, in BURGUIERE, A. (a cura di), *Histoire de famille*, Parigi, 1986, pp. 15 ss.

dei figli sino alla loro maturità riproduttiva. Un fatto<sup>3</sup> a cui il diritto sente, sin dalle origini, di dare una veste giuridica con lo scopo di

---

<sup>3</sup> Sulla rilevanza del fatto nella costruzione del fenomeno giuridico si veda nella letteratura sterminata BENDETTI, G., *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2020, pp. 123 ss. pe il Maestro "il fatto deve possedere in se stesso, e non per imposizione esterna, la capacità di divenire diritto. In conclusione il fatto deve leggersi come accadimento dell'essere diritto". Quanto alla fattualità del diritto si veda GROSSI, P., *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015. L'a. nella ricostruzione della odierna fattualità del diritto individua i fatti come "una sorta di piattaforma, che funge da imprescindibile base su cui il contesto del diritto opera" in questo senso la fattualità del diritto "si concretizza nella inseparabilità fra fatti e diritto; anzi in un'enorme virulenza dei fatti, che hanno la vigoria di condizionare il diritto e di plasmarlo". Per una diversa ricostruzione del rapporto fra norma e fatto si veda PUGLIATTI, S., *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 2008, p.8 07, per l'a. Il fenomeno giuridico è un fatto storico-sociale giuridicamente qualificato: il nucleo (elemento sostanziale sta nel fatto, l'elemento qualificativo (elemento formale) promana dalla norma" che è "fonte di ogni effetto giuridico". Nello stesso ordine di idee si veda, CAMMARATA, A. E., *Formalismo e sapere giuridico*, Giappichelli, Milano, 1963, pp. 247 ss. Per l'a. i fatti si presentano come "oggetto e presupposto di qualificazione giuridica". In questo senso il rapporto fra diritto e norme si articolerebbe nel senso di una subordinazione del fatto alla norma intesa quale criterio di valutazione in termini regolarità: regolarità che si impone non come un quid che è ma come un quid che deve essere". Si veda poi CAPOGRASSI, G., *L'esperienza della scienza del diritto*, Milano, 1962, pp. 8 ss. L'a. sottolinea che "la legge è tale in quanto si inserisce in quella realtà da cui nasce e a cui tende, si rifonda con la realtà che è sua e ridiventa un momento di quel processo da cui è nata e che esprime". PUNZI, A., *Il realismo storico di Paolo Grossi e i filosofi del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2016, pp. 73 ss.; PERLINGIERI, P., *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, pp. 13, 14. L'a. sottolinea che "la complessità dell'ordinamento" i realizza come "ordinamento del caso concreto, cioè "non vi è un ordinamento astratto e uno concreto vi è l'ordinamento nella sua reale effettività... l'ordinamento realmente vigente è l'insieme degli ordinamenti dei casi concreti, come si prospettano nell'esperienza di ogni giorno, e vive, quindi, esclusivamente in quanto individuato e applicato ai fatti e agli accadimenti concreti". Si veda poi CARNELUTTI, F., *Arte del diritto*, a cura di CANANZI, D. M., Giappichelli, Torino, 2017, p. 41, il quale dedica una magistrale riflessione sul rapporto fra fatto e legge sottolineando che "così affiora nel discorso la conversione del movimento in immobilità. E così si oppone la legge al fatto. L'eterno contrasto fra l'essere e il muoversi si presenta anche al giurista *sub specie* dell'opposizione della legge al fatto. La legge sta; il fatto si muove. La legge è uno stato; il fatto è uno

attribuire certezza alla discendenza maschile, di per sé incerta: per cui *mater semper certa, pater numquam*.<sup>4</sup>

Se questo è il contesto, per così dire linguistico dell'indagine, non vi è dubbio che il giurista che per avventura volesse indagare la qualificazione giuridica<sup>5</sup> delle condotte che, nella società *post-moderna*<sup>6</sup>, determinano l'attribuzione della genitorialità, troverebbe di fronte a sé un panorama senz'altro complesso. Complessità<sup>7</sup> che trova ragione

---

sviluppo. La legge è il presente; il fatto non può essere che passato o futuro. La legge è fuori dal tempo; il fatto è dentro al tempo".

- <sup>4</sup> Sul punto si segnalano le interessanti notazioni intorno alle regole che disciplinano l'attività procreativa nel matrimonio nei sistemi di *common law* di SHALEV, C., *Nascere per contratto*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 25 ss., la quale sottolinea che "quando lo sviluppo delle tecniche di procreazione attraverso l'inseminazione artificiale diede origine alle prime questioni giuridiche, il punto centrale della discussione ruotava ancora attorno alla nozione di adulterio e di illegittimità. Di fronte alle nuove situazioni in cui la procreazione medicalmente avveniva fuori dal matrimonio e senza rapporto sessuale le Corti furono costrette ad esaminare il fondamento sociale e politico della "struttura di sangue", nonché a cimentarsi con il tradizionale collegamento fra controllo della sessualità e controllo della procreazione". In particolare appare interessante la riflessione dell'Autrice riguardo al caso canadese *Orford v. Orford* (in 49 *Ont. L. R.* 15 (1921)) dove il giudice era stato chiamato a pronunciarsi sull'adulterio di una donna sposata la quale aveva concepito grazie a inseminazione eterologa. La Corte la ritenne colpevole in quanto l'utilizzo della detta tecnica aveva alterato il fine primario del rapporto coniugale costituito dalla riproduzione della specie.
- <sup>5</sup> In merito alle figure di qualificazione giuridica si veda CAMMARATA, A. E., *op. cit.*, pp. 387 ss.
- <sup>6</sup> Quanto alla ricostruzione della vicenda post-moderna si vedano fra gli altri LYOTARD, J. F., *La condizione post moderna*, trad. it. FORMENTI, C., Milano, 1981; VATTIMO, G., ROVATTI, P. A. (a cura di), *Il pensiero debole*, Feltrinelli, Milano, 1983; HEIDEGGER, M., *Oramai solo un Dio ci può salvare*, a cura di Alfredo Marini, Ugo Guanda Editore, Parma, 1987. L'età del post moderno viene colta come l'età del post-moderno viene vista come luogo della possibilità in PUNZI, A., *Interpretazio Consilium Inventio, Il notaio e le macchine nell'era della post-verità*, in *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, Biblioteca della fondazione italiana del notariato, 2018, pp. 323 ss.; negli stessi termini ABBIGNENTE, A., *L'argomentazione giuridica nell'età dell'incertezza*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017, in particolare pp. 85 ss.
- <sup>7</sup> Per una ricostruzione della complessità nel diritto si veda fra gli altri FALZEA, A., *Complessità giuridica* (voce), in *Enc. dir.*, Annali, I, 2007; TRIMARCHI, M., *Complessità e integrazioni delle fonti nel diritto privato in trasformazione*, *Juscivile*, 2017, p. 5;

nella possibilità di utilizzare nuove tecniche, che rappresentano un ausilio inedito alla realizzazione del progetto procreativo. L'interazione fra tecnica<sup>8</sup> e generazione ha determinato il superamento

---

PERLINGIERI, P., *op. ult. cit.*, pp. 6 ss. Quanto alla epistemologia della complessità si veda fra gli altri MORIN, E. *Introduzione al pensiero complesso*, trad. it. Sperling & Kupfer, 1993 e *La sfida della complessità*, a cura di ANSELMO, A., GEMBITTO, G., 2011; BOCCHI, G., CERUTI M. (a cura di), *La sfida della complessità*, Bruno Mondadori, Milano, 1990 (V ed. 1985); CERUTI, M., BELLUSCI, F., *Abitare la complessità*, Mimesis, Milano – Udine, 2020.

- <sup>8</sup> In merito al rapporto fra tecnica e riproduzione si veda COLLURA, G., «La famiglia degli affetti», *Rass. dir. civ.*, 2018; RODOTÀ, S., *Diritti della persona strumenti di controllo e nuove tecnologie riproduttive*, in FERRANDO, G. (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Cedam, Padova, 1989, pp. 138 ss.; ID, *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 144; ID, «Diritto, scienza, tecnologia, modelli e scelte di regolamentazione», *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 357; FERRANDO, G., *Libertà, responsabilità e procreazione*, Cedam, Padova, 1999, pp. 123 ss.; GORGONI, A., *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Wolters Kluwer, Milano, 2017, pp. 200 ss. Interessanti le notazioni dell'a. quanto ad una prospettiva culturale che reagisca all' "orizzonte culturale tecnocratico" per cui "la discussione si sposta allora sul criterio di senso e di valore idoneo a costituire un freno alla vocazione assoluta della tecnica. Nella Lettera enciclica «Caritas in veritate» si invita a contrastare il puro fare tecnico centrato su se stesso attraverso la responsabilità etica dell'uso della tecnica, la coerenza morale e la promozione della dignità dell'uomo". Quanto al più ampio rapporto fra diritto e tecnica si veda si veda IRTI, N., SEVERINO, E., *Dialogo su tecnica e diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2001; MENGONI, L., «Diritto e tecnica», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, pp. 1 ss., l'a. sottolinea che "i principi costituzionali non si oppongono al progresso della tecnica, di cui nessuno può ignorare i grandi benefici portati all'umanità, ma resistono alle conseguenze negative dello scientismo tecnologico, la forma attuale della volontà di potenza" e ancora " lo scientismo tecnologico attribuisce valore preminente all'individuo, la Costituzione corregge l'individualismo originario della teoria dei diritti umani: nella sua prospettiva l'esercizio dei diritti individuali è temperato dal principio solidarista". La riflessione dell'A. trova poi nel ruolo giocato dalla tradizione, come luogo in cui emergono i sentimenti della società che alimenta la speranza di una società giusta, lo strumento con cui disinnescare la potenza della tecnica come "principio ordinatore di ogni materia, volontà che regola ogni volontà". Quanto al ruolo giocato dalla tradizione dal punto di vista filosofico si veda HEIDEGGER, M., *Identità e differenze*, Adelphi, Milano, 2013, a cura di GURISATTI, G. Per l'a. il rapporto fra *Ereignis* (evento) e *Austrang* (divergenza) non può che accadere all'interno della tradizione per cui "qualunque cosa tentiamo di pensare, e comunque la pensiamo, noi pensiamo

di modelli concettuali<sup>9</sup> legati alle strutture relazionali proprie della società post-industriale del primo novecento, le quali di conseguenza hanno determinato una obsolescenza delle regole ordinarie preposte alla soluzione dei conflitti propri del momento procreativo<sup>10</sup>.

La possibilità di divenire genitori non è più esclusivamente legata al fatto dell'incontro carnale fra uomo e donna<sup>11</sup>: un incontro che spesso più che alla volontà era legato al caso. Maternità e paternità subiscono un processo di frammentazione – potrebbe dirsi quasi di rarefazione – nella struttura caleidoscopica<sup>12</sup> della contemporaneità: si assiste alla c.d. coreografia della procreazione<sup>13</sup>. La genitorialità ha subito un processo che la ha allontanata dalla naturalità della relazione sessuale: ciò ha determinato l'emergere di posizioni di interesse contrastanti che riconducono il processo generativo alla categoria della *complicatazza*<sup>14</sup>.

---

nell'alveo della tradizione. Essa che domina quando dal meditare, ci libera in quel memorare che non è più pianificare. Soltanto quando pensando ci rivolgiamo al già pensato siamo impiegati per ciò che è ancora da pensare”.

- <sup>9</sup> Quanto al ruolo svolto dai concetti giuridici nella costruzione della dottrina giuridica si veda IRTI, N. (a cura di), *La polemica sui concetti giuridici*, Giuffrè, Milano, 2004; LIPARI, N., *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013; ID, *Diritto civile e ragione*, Giuffrè, Milano 2019.
- <sup>10</sup> Sulla insufficienza delle norme codicistiche a disciplinare le nuove forme di procreazione si vedano fra gli altri OPPO, G., «Procreazione assistita e sorte del nascituro», *Riv. dir. civ.*, pp. 104 ss.; CAGGIANO, I., *Tipologie di procreazione stati di filiazioni e conseguenze patrimoniali*, Pacini Editore, Pisa, 2017; PALAZZO, A., *La filiazione in Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 237 ss.
- <sup>11</sup> Emblematica è la definizione che si ritrova in ARISTOTELE, RA., I 2, 716 a 14.16, pp. 832 e 833 per cui l'a. afferma che “maschio si definisce un animale che genera in un altro, femmina quello che genera in se stesso”. Per una completa e accurata disamina del dato aristotelico si rimanda a IULA, E., *op. cit.*, pp. 55 ss.
- <sup>12</sup> Il termine appare quanto mai appropriato per definire la società frutto della c.d. terza globalizzazione. In particolare lo utilizza per definire le relazioni familiari MARELLA, M. R., *Fra Status e identità. L'interesse del minore e la costruzione della genitorialità*, in AA.VV., *Liber Amicorum Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, pp. 1231 ss.
- <sup>13</sup> THOMPSON, C., *Making parents. The ontological choreography of reproductive technologies*, The MIT Press, Cambridge (MA). 2005.
- <sup>14</sup> La categoria della complicatazza si ritrova il FALZEA, A., *Complessità giuridica*, in *Enc.*

Le *modern families*<sup>15</sup> spesso si caratterizzano per la non coincidenza degli elementi distintivi del rapporto genitoriale: geni, biologia e relazioni affettive, quali presupposti della relazione parentale, tendono sempre più a non convergere sugli stessi soggetti<sup>16</sup>.

La medicina riproduttiva ha consentito di scindere le diverse fasi della procreazione<sup>17</sup>. Fase genetica – quale incontro dei gameti maschile e femminile –, fase gestativa – come momento di impianto nell’utero femminile dell’embrione –, e fase sociale – intesa quale momento relazionale-accuditivo del minore – sono oggetto di una attività modificativa e ricombinatoria permessa dall’evoluzione della tecnica<sup>18</sup>.

---

*dir*, *Annali I*, Milano, 2007, in particolare l’a. pone in rapporto la categoria della coordinazione con quella del contrasto, in questa dimensione “il contrasto conduce alla categoria della complicità, la coordinazione alla categoria della complessità. Il rapporto di coordinazione è costituito appunto, dal processo di complessificazione, nel quale la componente aporetica del disordine trova compenso nella componente ordinatrice di un principio unitario”. In questa dimensione l’ordine è categoria fenomenologica sopraelevata che raccoglie in sé ordine e disordine e di “svelare fenomenologie che allo stato delle nostre conoscenze risultano nascoste”. Si può sostenere che il medesimo discorso è svolto quanto alla categoria dell’in-cerchezza del diritto da BENEDETTI, G., *Oltre l’incertezza*, cit., pp. 138 ss.

<sup>15</sup> Per una ricognizione sulle questioni inerenti alle *modern families* si veda GOLOMBOK, S., *Modern Families*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

<sup>16</sup> BYK, C., *Regole per la procreazione*, in *Una norma giuridica per la bioetica*, MAZZONI, C. M. (a cura di), Il Mulino, Bologna, pp. 93 ss.; BALDINI, V., *La disciplina della fecondazione assistita: un problema di diritto costituzionale?*, in CHIEFFI, L. (a cura di), *Bioetica e diritti dell’uomo*, Torino, pp. 141 ss.

<sup>17</sup> GORGONI, M., «Nuove tecniche di procreazione assistita. Verso una legislazione europea», *Dir. fam. pers.*, pp. 680 ss. L’a. sottolinea che la “dissociazione tra il momento volitivo e concepimento, che consente che la procreazione non sia un atto deciso unicamente da un uomo e una donna, culminante nell’unione dell’embrione e della donna, ma un atto complesso che coinvolge altri soggetti: medici, intermediari, donatori di sperma e ovociti, donna che si presta a portare avanti la gestazione dell’embrione altrui”.

<sup>18</sup> In questo senso si veda RODOTÀ, S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006, p. 149, l’a. sottolinea che “l’intreccio tra regole e vita si fa così particolarmente stretto, e proietta l’innovazione scientifica e tecnologica ben al di là della vicenda della nascita. Le opportunità offerte dalla genetica e



Questo è tanto più vero nella c.d. *gestazione per altri*<sup>19</sup> (da ora GPA) quale tecnica di procreazione medicalmente assistita che attraverso

---

dall'elettronica mettono di fronte a possibilità sempre più complesse di intervento sugli esseri umani con finalità di prevenzione, riparazione o ripristino, miglioramento, "riprogrammazione". Natura, caso e cultura si confrontano in giochi che ne mutano continuamente i contorni".

- <sup>19</sup> Sull'utilizzo di diversi termini per inquadrare il fenomeno della c.d. maternità surrogata si veda STEFANELLI, S., *Procreazione e diritti fondamentali*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, IV, *La Filiazione e i Minori*, Milano, 2018, pp. 142 ss. In particolare per una ricostruzione dei termini del dibattito linguistico si vedano le note n. 169, 170, 171. l'a. sottolinea " l'impiego dei termini non è indifferente e anzi sottintende spesso un'opzione assiologica: discutere di "maternità surrogata" presuppone l'aver risolto in favore della gestante l'accertamento della condizione di madre, mentre l'aggettivo si riferisce a ciò che tenta di imitare l'originale, ma resta inferiore; l'espressione dispregiativa "utero in affitto", che ha le sue scarsamente consapevoli ascendenze nella *locatio ventris*, reifica il corpo, riconducendolo ad una sua parte, e oblitera ogni valutazione circa l'autonoma determinazione della donna, presupponendola incompatibile col valore intrinseco della dignità umana, al pari di quanto avveniva nell'epoca romana, quando era il marito a disporre della capacità muliebre di generare". Interessante sotto il medesimo profilo, con particolare riguardo all'utilizzo del termine surrogazione BARBA, V., «Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019», *GenIUS*, 2019. Si veda in particolare la nota n. 1, dove l'a. afferma di preferire la formula gestazione per sostituzione "questa formula è da preferirsi a quella, pure utilizzata dalla cassazione, di maternità surrogata, per il semplice fatto che non si dà mai, in questi fenomeni una surrogazione di maternità. Poiché il linguaggio e, specie, quello dei giuristi non è mai ingenuo, ma sempre performante e indirizzante, con maggiore consapevolezza e criticità si deve parlare di gestazione per sostituzione." Nella letteratura scientifica si veda CARONE, N., *In origine è il dono*, cit., pp. 72 ss. Propende invece per l'utilizzo del termine maternità surrogata, D'AVACK, L., «La maternità surrogata: un divieto inefficace?», *Dir. fam. pers.*, 2017, pp. 139 ss. Quanto alla riflessione sulla GPA si vedano fra gli altri PEZZINI, B., *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2017; NICCOLAI, S., OLIVITO, E. (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017; VALONGO, A., *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018; HONORATI, C., *Maternità surrogata, status familiari e ruolo del diritto internazionale privato*, in DI STASI, A. (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: i profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018; RENDA, A., «La

l'ausilio di una donna estranea alla diade genitoriale permette la realizzazione del loro progetto di filiazione: in sostanza la possibilità di realizzare il c.d. desiderio di avere un figlio<sup>20</sup>. Vi è cioè l'introduzione di un "momento di estraneità biologica"<sup>21</sup> e talvolta anche genetica nella costruzione della famiglia.

La coppia genitoriale affetta o da sterilità sociale, come nella coppia omosessuale maschile, o dalla infertilità/sterilità della donna o anche dell'uomo nella coppia eterosessuale, attraverso la GPA ha la possibilità di superare la propria impossibilità naturale di avere figli. E questo accade con uno strumento diverso da quello approntato tradizionalmente dal diritto ossia l'adozione.

## 2. Il vuoto normativo e l'utilizzo delle figure sintomatiche nell'ordinanza di remissione 1842/2022

In questo contesto si inseriscono una serie di pronunciamenti della Corte di ultima istanza, i quali sostanzialmente si sono occupati delle vicende che ineriscono vicende connotate da aspetti di transnazionalità. Il vuoto normativo lasciato dal legislatore italiano, le ondivaghe decisioni giudiziarie, e la previsione di una sanzione penale quale quella prevista dall'at.12, comma 6, l.40/2004, di cui si dirà

---

surrogazione di maternità ed il diritto di famiglia al bivio», *Europa dir. priv.*, 2015, pp. 431 ss.; ZATTI, P., «Maternità e surrogazione», *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, pp. 197 ss.; GATTUSO, M., «Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell'articolo 8, legge 40», *giudicedonna.it*, 2017; Si veda anche *Riv. di BioDiritto*, 2016.

<sup>20</sup> Quanto al c.d. diritto a procreare si veda CORTI, I., *La maternità per sostituzione*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 49 ss.; LIU, A., *Artificial reproduction and reproductive rights*, Worcester, 1991, pp. 37 ss.; LENTI, L., *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, Cedam, Padova, 1993, pp. 43 ss.; GIAMMARINO, M., *Il potere di generare. Il limite della legge. Ordine e norme, per le tecnologie di riproduzione assistita*, Roma, Servizi interparlamentari; RECINTO, G., *La genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, pp. 1 ss.; MILAN, G., «La madre su commissione. Problemi giuridici», *Giust. civ.*, 1985, pp. 312 ss.

<sup>21</sup> In questo senso si esprime VALLINI, A., *Illecito concepimento e valore concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 139 ss.

appresso, hanno contribuito a determinare un fenomeno di “*cross-border reproductive care*”<sup>22</sup>, che si sostanzia nella scelta dei genitori intenzionali di recarsi in paesi in cui la GPA sia legale al fine di realizzare il proprio progetto genitoriale<sup>23</sup>.

L'attenzione deve andare in primis alla ordinanza, 21 gennaio 2022, n. 3462. Essa parte dalla constatazione che la sentenza n.33 del 2021 della Corte costituzionale abbia determinato un vuoto normativo. Questo in quanto il giudice di merito, non potrebbe più accedere alla tutela della c.d. adizione in casi particolari, ritenuta dalla Corte per certi versi inidonea alla tutela del minore. Procedo poi ulteriormente nella enucleazione di criteri generali in base ai quali rendere possibile la trascrizione o la delibazione del provvedimento straniero e che si sostanziano: nella libertà della scelta della donna; nella revocabilità del suo consenso fino alla nascita del bambino e infine nella necessità dell'apporto genetico di almeno uno dei genitori intenzionali.

È chiaro che la costruzione su cui si concentrano i giudici remittenti è quella delle c.d. figura sintomatiche.

La dottrina delle c.d. *Fallengruppe*<sup>24</sup> si è sviluppata in particolar modo quale dispositivo in grado di determinare quei casi sintomatici che causavano una violazione della clausola generale di buona fede<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> CARONE, N., *op. ult. cit.*, p. 21.

<sup>23</sup> In questo senso si veda CARONE, N., BAIOTTO, R., LINGIARDI, V., «Italian gay fathers' experiences of transnational surrogacy and their relation with the surrogate pre- and post- birth», *Reproductive BioMedicine online*, 2017, pp. 181 ss.

<sup>24</sup> L'emersione della dottrina delle c.d. *Fallengruppe* va ricercata in un ambito del diritto diverso dal diritto civile ed in particolare nel diritto amministrativo quanto al sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità della Pubblica Amministrazione, in questo senso si vedono le riflessioni di FOLLIERI, E., «Il sindacato del giudice amministrativo, sulla discrezionalità pura o amministrativa. Le figure sintomatiche sono norme giuridiche non sintomi», *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 61 in questo senso sottolinea che le figure sintomatiche “non sono sintomi, bensì norme giuridiche, di elaborazione pretoria, e che sostituiscono, nel sillogismo del giudizio, le norme di diritto positivo”.

<sup>25</sup> In questo senso si veda RODOTÀ, S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 191, il quale rammenta che per affrontare la clausola generale di correttezza l'unica via rigorosa sembra essere l'individuazione di figure sintomatiche relative all'applicazione della clausola generale di correttezza, quali già possono trarsi dall'applicazione giurisprudenziali, al fine di razionalizzare taluni di questi orientamenti e in funzione di indicazione di possibili modelli

Sotto questo profilo incessante è stata l'opera ricostruttiva della giurisprudenza che ha cercato sempre più di specificare i comportamenti, le dinamiche fattuali, in base alle quali il precetto dovesse considerarsi violato.

La medesima modalità ricostruttiva può essere riproposta, *mutatis mutandis*, all'interno del diritto di famiglia e più specificatamente con riguardo alla posizione giuridica del minore all'interno del contesto relazionale che lo vede come protagonista<sup>26</sup>.

La figura sintomatica diviene modello di caso, tratto però dalle concrete dinamiche fattuali dei rapporti, attraverso il quale il giudice può dare contenuto alla clausola generale permettendole di esprimere una regola capace di valutare gli interessi che emergono nella dinamicità della realtà.

Il meccanismo non investe unicamente il c.d. formante<sup>27</sup> giurisprudenziale ma vieppiù quello legislativo.

Figure sintomatiche dell'interesse del minore possono cioè ritrovarsi non solo nelle pronunce della giurisprudenza ma nelle stesse pieghe delle fattispecie che regolano il diritto dei minori: questo per lo più accade mediante la previsione di meccanismi di tipo presuntivo che hanno come obiettivo quello della tutela del minore stesso<sup>28</sup>.

---

operativi". Quanto al riferimento alla buona fede oggettiva si veda BENNATI, F., *La clausola generale di buona fede*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, pp. 241 ss.; DOLMETTA, A., «*Exceptio doli generalis*», *Banca borsa tit. cred.*, 1998, pp. 147 ss.; DI MAJO, A., *Delle obbligazioni in generale*, Art. 1773-1776, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, pp. 305 ss.; MENGONI, L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., pp. 8 ss.

<sup>26</sup> Di questa possibilità si avvede già ORLANDO, S., «Le figure sintomatiche nel diritto privato», *Persona e merc.*, 2019, p. 135. L'A. sottolinea che "in ambito familiare, la giurisprudenza afferma ora un dovere di coerenza (*venire contra factum proprium*), riconoscendo la preclusione dell'azione di disconoscimento della paternità da parte di chi aveva in precedenza acconsentito alla fecondazione eterologa della moglie, ora imponendo, una volta cessata la libera convivenza, al partner proprietario di concedere un termine per reperire una diversa sistemazione dell'ex convivente".

<sup>27</sup> Sull'utilizzo del termine formanti si veda SACCO, R., «Legal Formants. A Dynamic approach to Comparative Law», *The America Journal of Comparative Law*, 1991; si veda fra gli altri MONATERI, P. G., *Legal Formants*, in NEWMAN, P. (ed.), *The New Palgrave Dictionaru of Economics and Law*, Palgrave Macmillan, London, 1998.

<sup>28</sup> In questo senso S. ORLANDO, *ibidem*.

In questa logica l'utilizzo di figure sintomatiche determina, quale conseguenza, la inapplicabilità di un modello che stabilisca gli effetti giuridici a priori: si intende parlare del diritto costruito per fattispecie.

La regola che scaturisce dall'individuazione della figura sintomatiche rappresenta un giudizio valutativo provvisorio. La provvisorietà della valutazione attende di essere vagliata alla luce delle circostanze del caso concreto. In sostanza "il disegno delle figure sintomatiche risulta caratterizzato per la circostanza di tipizzare comportamenti rispetto ai quali il giudizio definitivo o se si vuole la diagnosi – funzionale all'attribuzione di un determinato trattamento giuridico: la sanzione, la reazione, il rimedio – attende e richiede sempre una conferma da atteggiarsi sulla base di altri fatti"<sup>29</sup>.

La regola trova la propria tematizzazione nel caso, deve cioè essere drammatizzata<sup>30</sup> per essere capace di divenire la soluzione non solo la

---

<sup>29</sup> S. ORLANDO, *op. ult. cit.*, p. 138

<sup>30</sup> In questo senso BETTI, E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 5 ove l'a. afferma che "l'interprete deve – come dovette chi emanò la norma o la pronuncia di carattere precettivo – raffigurarsi le reazioni e ripercussioni pratiche, e in questo senso drammatizzarsi (*realize*, si direbbe in inglese), l'esito della interpretazione che sta per proporre e sostenere. Insomma, a differenza dell'interprete che ha in vista un esito puramente conoscitivo, l'interprete qui ha in vista, attraverso il risultato intellettuale, un esito pratico, che conduce a prendere posizione in date situazioni ipotizzate in anticipo". Si veda inoltre ID, *L'ermeneutica come metodica delle scienze dello spirito*, Città Nuova, Roma, 1987, p. 130 dove l'a. sottolinea che "l'intendere presuppone un'esperienza di vita, che diventa uno sperimentare interiore in quanto è sollevato dall'angustia della soggettività alla regione della totalità e dell'universale; a sua volta dev'essere integrato da un sapere sistematico, e nel suo processo tutti gli elementi sono in rapporto di dipendenza reciproca. L'oggettivazione della vita spirituale non ha il carattere estraneo del dato fisico; soltanto quello che lo spirito ha creato, lo spirito stesso è in grado di intendere". Sulla drammatizzazione dell'esito ermeneutico come il terreno di confine fra l'ermeneutica giuridica di E. Betti e la Ermeneutica filosofica di H. G. Gadamer si veda BENEDETTI, G., *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, cit., pp. 132 ss. In particolare l'a. sottolinea che sarebbe la cornice etica a costituire il vero terreno di confine fra le due ermeneutiche, cornice etiche che sarebbe caratterizzata da due atteggiamenti quello della abnegazione di sé e quello della drammatizzazione dell'esito epistemologico esso sarebbe "funzione di controllo dell'esito ermeneutico; controllo che ha da essere operato alla stregua dei valori storicamente determinati".

più corretta ma anche giusta del caso sottoposto all'attenzione dell'organo giudicante.

In questo senso la pronuncia di cui si è detto, secondo la sequenza argomentativa riportata, tenta di proporre una soluzione ermeneutica che tenti di superare quella definizione di ordine pubblico che avevano dato le Ss.Uu. del 2019 e che avevano impedito la trascrivibilità degli atti di nascita dei minori nati all'estero attraverso GPA.

### 3. L'argomento della interpretazione costituzionalmente conforme e il ritorno alla adozione in casi particolari

A questa impostazione fa da contraltare la decisione delle Sez. Un. che sostanzialmente ribadisce l'orientamento espresso nella sentenza 12193 del 2019, seppur con alcuni correttivi che gli derivano dalla necessità di svolgere una interpretazione conforme delle norme codicistiche in forza di due pronunciamenti della Corte Costituzionale e in particolare la n.33 e la n.79 del 2022.

Il ragionamento si fonda sempre sulla operatività della clausola generale dell'ordine pubblico internazionale<sup>31</sup>.

In particolare, la Corte di Cassazione seguendo il suo precedente<sup>32</sup> ha affermato che il divieto di surrogazione di maternità vigente

---

<sup>31</sup> FERRI, G. B., *Ordine pubblico (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, pp. 1038 ss.; BARILE, G., *Ordine pubblico Diritto internazionale privato*, ivi, pp. 1106 ss., LONARDO, L., *Diritto civile italiano e ordinamenti stranieri. Il problema del confronto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1984; BETTI, E., *Problematica del diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1956; PERLINGIERI G., ZARRA, G., *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019.

<sup>32</sup> Si veda il punto 15 della motivazione che rimanda a Cass. Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193 in *Foro it.*, 2019, pp. 1951 ss., con nota di CASABURI, G., *Le alterne vicende delle nuove forme di genitorialità nella giurisprudenza più recente* e in *Foro it.*, 2019, pp. 3346 ss. con nota di MORACE PINELLI, A., «La filiazione da p.m.a. e gli spinosi problemi della maternità surrogata e della procreazione "post mortem"», *Fam. dir.*, 2019, pp. 667 ss. con nota di DOGLIOTTI, M., *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolgono le due madri.*, e con nota di FERRANDO, G., *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita*; in *Genius*, 2019, con

nell'ordinamento italiano debba qualificarsi come principio di ordine pubblico "internazionale"<sup>33</sup>, e dunque sarebbe ostacolo insormontabile alla trascrizione in Italia di un atto di nascita dal quale risulti che i genitori si siano avvalsi all'estero della GPA. In questi termini l'interesse del minore a vedersi riconosciuto in Italia il legame sorto nel paese di nascita, non potrebbe essere oggetto di bilanciamento con il detto divieto. La premessa logica del ragionamento della Suprema Corte si sostanzia nel fatto che in questo caso il bilanciamento sia stato già operato *ex ante* dal legislatore e che, quindi, sarebbe precluso al giudice un ulteriore apprezzamento. Così ragionando, la valutazione del giudice dovrebbe prescindere dalla aderenza al caso concreto per rimanere giudizio di conformità meramente astratto fra norma o atto straniero e la clausola generale dell'ordine pubblico<sup>34</sup>.

---

nota di BARBA, V., *op. ult. cit.*; in *Dir. pers. fam.*, 2020, pp. 393 ss., con nota di MAZZAMUTO, D., *La decisione delle Sezioni Unite: i nuovi fronti della genitorialità sociale*.

<sup>33</sup> In merito alla ricostruzione della nozione di ordine pubblico si veda nella dottrina più recente PERLINGIERI G., ZARRA, G., *op. cit.*; GUARNIERI, A., *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti di diritto civile*, Cedam, Padova, 1974; Sulla natura interna del limite di ordine pubblico internazionale si veda ZARRA, G., «L'ordine pubblico attraverso la lente del giudice di legittimità: in margine a Sezioni Unite 16601/2017», *Dir. comm. int.*, p. 722; FERACI, O., *L'ordine pubblico nel diritto dell'unione europea*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 28 ss.; BARBA, V., *L'ordine pubblico internazionale*, in PERLINGIERI G., D'AMBROSIO M. (a cura di), *Fonti, metodo e interpretazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, pp. 409 ss.

<sup>34</sup> In commento alla prima pronuncia delle Sez. Un. si veda BARBA, V., *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione*, cit.; l'a. se da una parte sottolinea l'importanza del pronunciamento a Sez. Un. quanto al superamento della distinzione fra legge e diritto dall'altra non condivide la giustapposizione operata fra miglior interesse del minore e ordine pubblico internazionale. Sottolinea infine che il vero scopo della pronuncia delle Sez. Un. non è quello di tutelare il miglior interesse del minore per cui il miglior interesse del minore, nel caso di specie, ha una rilevanza soltanto formale, dacché si svolge una valutazione generica e astratta. V'ha pure di più perché ben lungi dal considerare quale fosse in concreto il miglior interesse del minore, il mancato riconoscimento di efficacia dell'atto di nascita straniero diventa lo strumento giuridico per respingere ai margini del nostro ordinamento il fenomeno della gestazione per sostituzione." In questo senso l'a. critica l'intendimento delle Sezioni Unite quanto all'accostamento fra migliore interesse del minore e clausola generale dell'ordine pubblico per cui "il miglior interesse del minore non è un contro-limite dell'ordine pubblico internazionale, ma valore

Se questa è la premessa, La Corte si rivolge al rimedio della adozione in casi particolari epurata però, attraverso lo strumento della interpretazione costituzionalmente conforme di alcuni elementi che la rendevano un rimedio inidoneo alla tutela del minore.

Ci si riferisce in modo particolare alla necessità di garantire l'istaurazione dei rapporti fra il nato e i parenti dell'adottante (superata proprio grazie al pronunciamento della Corte Costituzionale n. 79 del 2022) e al ruolo del consenso del genitore biologico che deve essere posto in relazione, in una dimensione funzionale, al migliore interesse del minore (in questo senso sarebbe non conforme alla ratio della norma un diniego ingiustificato).

La Corte stabilisce dunque che "per come attualmente disciplinata" la adozione in casi particolari risulta lo strumento più adeguato per la tutela del minore nato da gestazione per altri.

È pur vero che nel pregevole intento di bilanciare gli interessi in gioco la Corte da conto anche dei limiti della propria pronuncia, limiti che tuttavia non determinano, nel suo ragionamento la possibilità del riconoscimento della filiazione attraverso il sistema della trascrizione.

Il riferimento è cioè all'impossibilità per il minore di rivendicare alcuna posizione nei confronti del genitore intenzionale che non voglia riconoscerlo. Forse il detto indice, salve le soluzioni poste da attenta dottrina<sup>35</sup>, più di altri avrebbe dovuto far propendere per sostenere che il rimedio non supera il test di effettività cui lo stesso deve essere sottoposto e questo perché contrasta in particolar modo con quel diritto di azione che il legislatore costituzionale in forza dell'art. 24 Cost. riserva anche al minore<sup>36</sup>.

---

normativo del nostro sistema ordinamentale, che concorre ad individuare l'ordinamento del caso concreto" da ciò consegue che "deve escludersi che esista un bilanciamento definitorio svolto a livello legislativo, rispetto al quale l'interprete possa e debba arretrare nel caso di potenziale applicazione di legge straniera". Con riguardo alla valutazione della clausola generale di ordine pubblico si vedano PERLINGIERI G., ZARRA, G., *op. cit.*; CARROCCIA, F., *Ordine pubblico. La gestione dei confini culturali nel diritto privato*, Jovene, Napoli, 2018; ACIERNO, M., «Il mantra del preminente interesse del minore», *Quest. Giust.*, 2019, pp. 93 ss.

<sup>35</sup> In questo senso si legga MORACE PINELLI, A., «Non si attende il legislatore. Lo spinoso problema della maternità surrogata torna alle Sezioni Unite», *giustiziainsieme.it*, il quale fa riferimento alla possibilità di applicare analogicamente l'art. 279, comma 1 c.c.

<sup>36</sup> VETTORI, G., *Effettività*, cit. p. 88.



#### 4. L'approccio punitivo e il legame fra reato e nullità

Il provvedimento poi, nello stile delle sentenze trattato, si dilunga sulla questione della dignità della donna, sino a giungere, a parere di chi scrive in modo ultroneo a definire il "senso umano della procreazione". Il discorso abbisognerebbe di una trattazione specifica, ma nell'economia del presente lavoro ci si vuole limitare all'analisi di un ultimo aspetto, che un recente studio<sup>37</sup> nella pregevolezza della sua argomentazione ha voluto sottolineare e cioè dello del pregiudizio sanzionatorio che pure rimane come *fil rouge* della vicenda.

Il rilievo non è di poco momento: interessa allo studio del civilista indagare il riverbero di condotte illecite sul piano degli effetti e questo tanto più in quanto la rilevanza penale della condotta in cui si sostanzia la GPA costituisce l'argomento principe, ma non esclusivo, per la esclusione della produzione di effetti giuridici positivi in capo al minore.

In primo luogo deve porsi attenzione alle condotte che assumono rilievo penale. E questo per le caratteristiche proprie della fattispecie penale, la quale, per essere costituzionalmente legittima, deve essere conforme ai principi di materialità, tipicità, offensività, proporzionalità e sussidiarietà.

Il legislatore fa riferimento alla realizzazione, organizzazione o pubblicizzazione di surrogazione di maternità.

Il rilievo attribuito alla locuzione realizzazione esclude che la rilevanza penale possa essere attribuita alla condotta che si sostanzia in un accordo<sup>38</sup>: ciò che è penalmente punita è l'esecuzione dell'accordo di GPA, perché è nella esecuzione che si realizza il disvalore penale che la norma punisce. È escluso poi che la rilevanza

---

<sup>37</sup> PISTELLI, F., «Lo status di figlio nato da maternità surrogata. Oltre la dicotomia fra dignità della donna e identità del bambino», *Biolaawgiornal*, 2023.

<sup>38</sup> In questo senso VALLINI, A., *op. cit.*, pp. 144 ss. Per l'a. "la fattispecie criminosa sembra considerare la realizzazione di una pratica di procreazione assistita colta a implementare un progetto di surrogazione di maternità. La fase del semplice accordo si colloca in un momento puramente preliminare, inadatto a rilevar finanche nei termini di un tentativo, difficilmente potendosi riscontrare una "idoneità" ed "univocità" verso la realizzazione della pratica quando ancora alcuni soggetti coinvolti abbiano semplicemente promesso, senza essersi materialmente sottoposti al controllo medico".

penale della condotta sia riconducibile alla locupletazione di un qualche vantaggio economico, così rimanendo sullo stesso piano sia le modalità commerciali che altruistiche di GPA<sup>39</sup>.

Soggetto agente sarebbe il medico, con cui concorrono i genitori intenzionali e la donna gestante, terza rispetto alla coppia.

Alla luce della esegesi normativa appare di non scarso rilievo individuare la *ratio legis*.

Di fatto la disciplina penalistica punisce esclusivamente quella gestazione per altri la quale sia realizzata con tecniche di tipo medicale, escludendo dal proprio campo applicativo quelle condotte che realizzerebbero comunque un fenomeno di sostituzione della maternità. È vero che le dette condotte potrebbero determinare le applicazioni di altre norme penalmente rilevanti, si pensi all'alterazione dello stato di figlio, ovvero alla possibile realizzazione del reato di riduzione in schiavitù, ma comunque pur realizzando lo stesso risultato si collocherebbero al di fuori del raggio operativo dell'art. 12, 6 comma.

Dal che si può far logicamente discendere che la volontà del legislatore non sia quella di tutelare la dignità della donna portante o del minore, bensì, in un'ottica costituzionalmente orientata, si può rilevare che scopo del legislatore sia quello di evitare che venga ad esistenza una situazione non pienamente giuridicizzabile e dunque sottoposta ad una possibilità di conflitto<sup>40</sup>.

Qualora, in forza della detta ricostruzione, il bene giuridico protetto non fosse quello della dignità della donna ci si domanda perché il diritto civile per mezzo della clausola dell'ordine pubblico dovrebbe fare riferimento alla tutela di un bene giuridico, sicuramente di rilevanza essenziale, ma non attenzionato dalla norma penale. Ci si domanda cioè se la impossibilità di produrre effetti in capo al minore in forza di una nullità dell'accordo che si ricollega alla previsione di

---

<sup>39</sup> A. VALLINI, *op. ult. cit.*, p. 147.

<sup>40</sup> In questo senso VALLINI, A., *op. cit.*, p. 53. In senso opposto TRANQUILLO, C., «Contributo allo studio del reato di alterazione di stato tramite surrogazione di maternità», *Dirittopnealecontemporaneo.it*, L'a. accogliendo con favore la sentenza della Cass. civ 11 novembre 2014, n. 24001 afferma che il "divieto di pratiche di surrogazione di maternità è certamente di ordine pubblico, come suggerisce già la previsione della sanzione penale, di regola posta appunto a presidio di beni giuridici fondamentali: vengono in fatti in rilievo la dignità umana, costituzionalmente tutelata, della gestante".

un divieto penale, non debba proprio guardare al precetto penale per determinare una modulazione di quegli stessi effetti.

Si deve porre attenzione alla rilevanza della qualificazione giuridica come illecita delle condotte e più specificatamente dell'accordo che si pongono a monte della venuta al mondo di un minore. Minore a cui in nessun modo devono essere attribuite le conseguenze sanzionatorie di comportamenti ai quali, non lo si può dubitare, egli come soggetto in posizione di debolezza, non ha potuto partecipare.

In particolare il *pactum dolens* si sviluppa intorno alla possibilità che un contegno giuridicamente qualificato come illecito possa costituire comunque il presupposto per la produzione di una qualche conseguenza giuridica. Aspetto questo che permette fra l'altro di distinguere la impossibilità giuridica dalla illiceità<sup>41</sup>.

La prima si realizza quando una determinata condotta, difforme dalle condizioni previste dalla norma per la propria efficacia, venga in rilievo non come "oggetto di una qualificazione giuridica ma in quanto mero fatto": la categoria della impossibilità si attesta dunque sul livello del fatto<sup>42</sup>.

Viceversa l'illiceità rappresenta una "figura di qualificazione giuridica" la quale in sostanza consiste nella riaffermazione della qualificazione giuridica di obbligatorietà di un determinato contegno: in questa dimensione l'illiceità si pone in una posizione di subordinazione rispetto all'obbligo. Da ciò discende che altro è il piano della illiceità altro è il piano della efficacia giuridica<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> In questo senso si veda. CAMMARATA, A., *Formalismo e sapere giuridico*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 400.

<sup>42</sup> CAMMARATA, A., *op. cit.* L'a. definisce la impossibilità giuridica come quella ipotesi in cui " la condotta del soggetto non viene in esame in quanto oggetto di giuridica qualificazione, ma in quanto fatto: ed ove la disformità dalle condizioni fissate dalla norma costituisca ostacolo insormontabile al sorgere o all'estinguersi di certe conseguenze giuridiche , la attività disforme viene considerata come *tamquam non esset*: il che si risolve in una finzione negativa, conseguenza logica di subordinazione del fatto alla norma, ossia del principio che solo la norma conferisce efficacia giuridica ai presupposti della propria applicazione, e che nessun fatto, perciò possiede l'intrinseca virtù di imporre alla norma la determinazione o meno delle conseguenze giuridiche".

<sup>43</sup> CAMMARATA, A., *op. cit.*, p. 404

Icastica è la formulazione di Cammarata per cui “la norma, in altri termini, scinde nettamente la qualificazione del contegno dalla efficacia di questo rispetto a certe conseguenze giuridiche [...] nulla toglie a priori che una norma possa considerare un contegno come efficiente a produrre conseguenze giuridiche, malgrado che proprio in relazione a tali conseguenze la norma abbia determinato un obbligo di astenersi da quel tipo di contegno. In questi casi può darsi benissimo che, pur con la qualificazione del contegno come illecito, le conseguenze giuridiche possano prodursi ugualmente”<sup>44</sup>.

Dacché il ragionamento svolto in termini formalistici non può non riverberarsi sulla considerazione delle possibilità che a valle della condotta illiceità dei genitori che hanno concluso un contratto di surrogazione di maternità si produca comunque l’effetto<sup>45</sup> della istaurazione del rapporto di genitorialità in base, lo si tenga in debito conto, ad una valutazione del preminente interesse del minore, quale clausola generale la cui concretizzazione dovrebbe essere affidata all’opera dell’interprete.

---

<sup>44</sup> CAMMARATA, A., *ibidem*.

<sup>45</sup> Si veda sotto questo profilo sulla forza deterrente della sanzione penale SERRAVALLE, S., *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, pp. 85 ss. per cui con riferimento alla trascrivibilità di atti esteri che ratifichino pratiche di GPA afferma che, la sua contrarietà all’ordine pubblico, per violazione del principio costituzionale del rispetto della dignità umana, preclude la produttività degli effetti anche alle surrogazioni compiute all’estero, giustificando l’intrascrivibilità degli atti di nascita che indichino i committenti quali genitori del minore nato con il ricorso a tale pratica”. Deve sottolinearsi tuttavia un recente intervento della Corte Co. nella sentenza 9 marzo 2021, n. 33, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), nella quale il giudice delle leggi ha ritenuto inammissibile la questione di compatibilità costituzionale del divieto di cui all’art. 12, comma 6, l. 40/2004, ma ha indicato al legislatore la necessità di tutela i minori che nascono a valle di un progetto di GPA, che nel sistema vigente si vedrebbero ingiustamente esclusi dalla filiazione piena.

## 5. In attesa di un nuovo Teseo

In sostanza forse il nuovo Teseo che potrà sconfiggere il locandiere Procuste, è il ritorno a quella prudenza che rammenta al giurista e al giudice soprattutto che “avere giudizio non vuol dire sussumere il particolare nell’universale, il sensibile nell’intelligibile, vuol dire per il soggetto sensibile e singola che è l’uomo, penetrare il sensibile e il singolare con una ragione più ragionevole che razionale; vuol dire, per chi vive in un mondo impreciso, non cercare di imporvi la giustizia troppo radicale del numero; vuol dire per chi è mortale, non giudicare le cose immortali alla luce dell’immortale; vuol dire per chi è uomo avere pensieri umani”<sup>46</sup>.

## Bibliografia

ABBIGNENTE, A., *L’argomentazione giuridica nell’età dell’incertezza*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017

ACIERNO, M., «Il mantra del preminente interesse del minore», *Quest. Giust.*, 2019, pp. 93 ss.

AUBENQUE, P., *La prudenza in Aristotele*, Edizioni Studium, Roma, 2018

BALDINI, V., *La disciplina della fecondazione assistita: un problema di diritto costituzionale?*, in CHIEFFI, L. (a cura di), *Bioetica e diritti dell’uomo*, Torino

BARBA, V., «Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019», *GenIus*, 2019

BARBA, V., *L’ordine pubblico internazionale*, in PERLINGIERI G., D’AMBROSIO M. (a cura di), *Fonti, metodo e interpretazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017

BENDETTI, G., *Oltre l’incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2020

BENNATI, F., *La clausola generale di buona fede*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, pp. 241 ss.

---

<sup>46</sup> AUBENQUE, P., *La prudenza in Aristotele*, Edizioni Studium, Roma, 2018, p. 167.

BETTI, E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1971

BETTI, E., *Problematica del diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1956

BJORKLUND, D., PELLEGRINI, A. D., *The origins of human nature*, Washington DC, 2002

BOCCHI, G., CERUTI M. (a cura di), *La sfida della complessità*, Bruno Mondadori, Milano, 1990 (V ed. 1985)

BUTLER, J., *La disfatta del genere*, trad.it. GURLANDO, O., Booklet Milano, Roma, 2006 (2004)

BUTLER, J., *Questione di genere. Il femminismo e la sovversione dell'identità*, trad. it. ADAMO, S., Editori Laterza, Roma, 2006 (1990)

BYC, C., *Regole per la procreazione*, in *Una norma giuridica per la bioetica*, MAZZONI, C. M. (a cura di), Il Mulino, Bologna, 1998

CAGGIANO, I., *Tipologie di procreazione stati di filiazioni e conseguenze patrimoniali*, Pacini Editore, Pisa, 2017

CAMMARATA, A. E., *Formalismo e sapere giuridico*, Giappichelli, Milano, 1963

CAPOGRASSI, G., *L'esperienza della scienza del diritto*, Milano, 1962

CARNELUTTI, F., *Arte del diritto*, a cura di CANANZI, D. M., Giappichelli, Torino, 2017

CARONE, N., BAIOTTO, R., LINGIARDI, V., «Italian gay fathers' experiences of transnational surrogacy and their relation with the surrogate per - and post- birth», *Reproductive BioMedicine online*, 2017

CARONE, N., *In origine è il dono*, ilSaggiatore, Milano, 2016

CARROCCIA, F., *Ordine pubblico. La gestione dei confini culturali nel diritto privato*, Jovene, Napoli, 2018

CERUTI, M., BELLUSCI, F., *Abitare la complessità*, Mimesis, Milano – Udine, 2020

COLLURA, G., «La famiglia degli affetti», *Rass. dir. civ.*, 2018

CORTI, I., *La maternità per sostituzione*, Giuffrè, Milano, 2000,

D'AVACK, L., «La maternità surrogata: un divieto inefficace?», *Dir. fam. pers.*, 2017

DI MAJO, A., *Delle obbligazioni in generale*, Art. 1773-1776, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988

OLMETTA, A., «*Exceptio doli generalis*», *Banca borsa tit. cred.*, 1998, pp. 147 ss.

EDWARDS, J., *Undoing kinship*, in FREEMAN, T., GRAHAM, S., EBTAHAJE, F., RICHARDS (a cura di), *Relatedness in assisted reproduction:*

*families, origins and identities*, 2014, Cambridge University Press, Cambridge

ERIKSON, E., *Childhood and society*, W. W. Norton & Co., London, 1950

FALZEA, A., *Complessità giuridica* (voce), in *Enc. dir.*, Annali, I, 2007

FERACI, O., *L'ordine pubblico nel diritto dell'unione europea*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 28 ss.

FERRANDO, G., *Libertà, responsabilità e procreazione*, Cedam, Padova, 1999, pp. 123 ss.;

FERRI, G. B., *Ordine pubblico (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, pp. 1038 ss.

FOLLIERI, E., «Il sindacato del giudice amministrativo, sulla discrezionalità pura o amministrativa. Le figure sintomatiche sono norme giuridiche non sintomi», *Dir. proc. amm.*, 2008, p.61 e ss.

GATTUSO, M., «Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell'articolo 8, legge 40», *giudicedonna.it*, 2017

GIAMMARINO, M., *Il potere di generare. Il limite della legge. Ordine e norme, per le tecnologie di riproduzione assistita*, Roma, Servizi interparlamentari

GOLOMBOK, S., *Modern Families*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015

GORGONI, A., *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Wolters Kluwer, Milano, 2017

GORGONI, M., «Nuove tecniche di procreazione assistita. Verso una legislazione europea», *Dir. fam. pers.*, 1990

GROSSI, P., *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015

GUARNIERI, A., *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti di diritto civile*, Cedam, Padova, 1974

HEIDEGGER, M., *Identità e differenze*, Adelphi, Milano, 2013

HEIDEGGER, M., *Oramai solo un Dio ci può salvare*, a cura di Alfredo Marini, Ugo Guanda Editore, Parma, 1987

HONORATI, C., *Maternità surrogata, status familiari e ruolo del diritto internazionale privato*, in DI STASI, A. (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: i profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018

IRTI, N. (a cura di), *La polemica sui concetti giuridici*, Giuffrè, Milano, 2004

IRTI, N., SEVERINO, E., *Dialogo su tecnica e diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2001

IULA, E., *Noi figli della decostruzione, Saggio di etica generativa*, Edizioni Efestò, Roma, 2020

KOTRE, J., *Outliving the Self. How we live on in future generations*, W. W. Norton & Co., New York, 1984

LENTI, L., *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, Cedam, Padova, 1993

LIPARI, N., *Diritto civile e ragione*, Giuffrè, Milano 2019

LIPARI, N., *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013

LIU, A., *Artificial reproduction and reproductive rights*, Worcester, 1991

LONARDO, L., *Diritto civile italiano e ordinamenti stranieri. Il problema del confronto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1984

LYOTARD, J. F., *La condizione post moderna*, trad. it. FORMENTI, C., Milano, 1981

MARELLA, M. R., *Fra Status e identità. L'interesse del minore e la costruzione della genitorialità*, in AA.VV., *Liber Amicorum Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018

MENCONI, L., «Diritto e tecnica», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999

MILAN, G., «La madre su commissione. Problemi giuridici», *Giust. civ.*, 1985, pp. 312 ss

MONATERI, P. G., *Legal Formants*, in NEWMAN, P. (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and Law*, Palgrave Macmillan, London, 1998

MORACE PINELLI, A., «Non si attende il legislatore. Lo spinoso problema della maternità surrogata torna alle Sezioni Unite», *giustiziainsieme.it*

MORIN, E. *Introduzione al pensiero complesso*, trad. it. Sperling & Kupfer, 1993 e *La sfida della complessità*, a cura di ANSELMO, A., GEMBILLO, G., 2011

NICCOLAI, S., OLIVITO, E. (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017

OPPO, G., «Procreazione assistita e sorte del nascituro», *Riv. dir. civ.*, pp. 104 ss.

ORLANDO, S., «Le figure sintomatiche nel diritto privato», *Persona e merc.*, 2019

PALAZZO, A., *La filiazione in Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2013



PERLINGIERI G., ZARRA, G., *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019.

PERLINGIERI, P., *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006

PEZZINI, B., *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it)

PISTELLI, F., «Lo status di figlio nato da maternità surrogata. Oltre la dicotomia fra dignità della donna e identità del bambino», *Biolawgiornal*, 2023

PRETA, L. (a cura di), *La narrazione delle origini*, Laterza, Roma-Bari, 1991

PUGLIATTI, S., *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 2008

PUNZI, A., «Il realismo storico di Paolo Grossi e i filosofi del diritto», *Riv. int. fil. dir.*, 2016

PUNZI, A., *Interpretazio Consilium Inventio, Il notaio e le macchine nell'era della post-verità*, in *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, Biblioteca della fondazione italiana del notariato, 2018

RECINTO, G., *La genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016

RENDA, A., «La surrogazione di maternità ed il diritto di famiglia al bivio», *Europa dir. priv.*, 2015, pp. 431 ss.

RODOTÀ, S., «Diritto, scienza, tecnologia, modelli e scelte di regolamentazione», *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 357

RODOTÀ, S., *Diritti della persona strumenti di controllo e nuove tecnologie riproduttive*, in FERRANDO, G. (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Cedam, Padova, 1989, pp. 138 ss.

RODOTÀ, S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006

RODOTÀ, S., *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna, 1995

SACCO, R., «Legal Formants. A Dynamic approach to Comparative Law», *The America Journal of Comparative Law*, 1991

SERRAVALLE, S., *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018

SHALEV, C., *Nascere per contratto*, Giuffrè, Milano, 1992

STEFANELLI, S., *Procreazione e diritti fondamentali*, in *Tratt. dir. civ. Sacco, IV, La Filiazione e i Minori*, Milano, 2018

THOMPSON, C., *Making parents. The ontological choreography of reproductive technologies*, The MIT Press, Cambridge (MA). 2005

TRANQUILLO, C., «Contributo allo studio del reato di alterazione di stato tramite surrogazione di maternità», *Dirittopnealecontemporaneo.it*

TRIMARCHI, M., *Complessità e integrazioni delle fonti nel diritto privato in trasformazione*, Jus civile, 2017

VALLINI, A., *Illecito concepimento e valore concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Giappichelli, Torino, 2012

VALONGO, A., *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologia riproduttive*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018

VATTIMO, G., ROVATTI, P. A. (a cura di), *Il pensiero debole*, Feltrinelli, Milano, 1983

ZARRA, G., «L'ordine pubblico attraverso la lente del giudice di legittimità: in margine a Sezioni Unite 16601/2017», *Dir. comm. int.*, p. 722

ZATTI, P., «Maternità e surrogazione», *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, pp. 197 ss.

ZONABEND, F., *De la famille, regard ethnologique sur la parenté et le mariage*, in BURGUIERE, A. (a cura di), *Histoire de famille*, Parigi, 1986

PARTE V

DIRITTI DEL MINORE E STRUMENTI DI TUTELA



# Il curatore speciale del minore: spunti di riflessione a partire da una pronuncia eurounitaria

*Ivan Allegranti*

**ABSTRACT:** Il lavoro in esame prende le mosse dalla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo A e B c. Croazia n.7144/15, per offrire successivamente una riflessione - in chiave contemporanea - sul ruolo del curatore speciale del minore in Italia. In particolare, lo scopo del lavoro proposto, è quello di investigare come, anche grazie alla Novella di cui alla L. 206/2021, parrebbe opportuno - nell'ottica di salvaguardare l'interesse preminente del minore - riunire nel nostro ordinamento le figure dell'avvocato e del curatore del minore, evitando distinzioni di ruoli e compiti, potenzialmente lesivi dell'interesse del minore stesso.

**SOMMARIO:** 1. Il caso "A e B c. Croazia". - 2. Il *best interest of the child* in un'ottica euro-unitaria. 3. Il conflitto fra parti nella prospettiva del diritto minorile europeo. 4. La figura del curatore del minore quale garante dei suoi interessi nel processo: profili sostanziali e profili processuali. 5. La riforma di cui alla L. 206/2021 ed i nuovi confini della figura del curatore del minore. 6. Conclusioni.

## 1. Il caso "A e B c. Croazia"

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo può, *motu proprio*, nominare un difensore per la parte offesa qualora essa sia un minore e sussista un conflitto di interessi fra questi e il proprio rappresentante legale? Il quesito è stato messo in luce dalla sentenza del caso A e B c. Croazia

del 20 giugno 2019<sup>1</sup> pronunciata della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo a seguito della lamentata violazione degli articoli 3, 8 e 13 della Convenzione della parte attrice A<sup>2</sup>. La prima sezione della Corte di Strasburgo ha preso in carico la controversia. Tuttavia, prima di entrare nel merito del contendere, i Giudici hanno estromesso la madre A dal procedimento in quanto costei non poteva essere ritenuta vittima dei comportamenti perpetrati dallo stato croato<sup>3</sup>. Pertanto l'unica parte legittimata a resistere in giudizio in qualità di parte offesa era la figlia B<sup>4</sup>. Le motivazioni di questa

---

<sup>1</sup> Corte EDU, 20. 06. 2019, A e B c. Croazia, 7144/15.

<sup>2</sup> Gli attori sono di nazionalità croata e sono la signora A e la figlia B. I fatti controversi risalgono al giugno 2014 quando la signora A notò dei comportamenti sessualizzati evocati dalla figlia B che allora aveva quattro anni e mezzo. La bambina in più occasioni dichiarò che perpetrava tali condotte "anomale" col padre C ogni notte prima di andare a letto. A quindi chiamò una clinica specializzata nella protezione dei bambini per far visitare B e constatare o meno segni di violenza sessuale sulla bambina. Contestualmente la signora A denunciò all'Autorità Giudiziaria il signor C. La polizia croata iniziò le proprie indagini nei confronti del signor C. Nel corso dell'investigazione B fu visitata da specialisti medici e psichiatrici. Il padre della bambina, di concerto, accusò la madre A di abusare a livello emotivo e fisico della figlia B. A fine istruttoria, il team inquirente non trovò evidenti segni di violenza sessuale subita dalla bambina piuttosto evidenziarono la pressione psicologica da parte della madre A nel voler far apparire B quale vittima di violenza da parte dell'allora marito signor C. Le indagini si sono protratte fino a dicembre 2014 e nel provvedimento di archiviazione emesso nel gennaio 2015 è stato statuito che non vi erano segni di abuso sessuale nella bambina e che costei esternava sì un interesse inusuale in comportamenti sessualmente espliciti ed erotici ma che ciò non poteva essere attribuito al padre. Inoltre, nel provvedimento è stato sottolineato che la madre aveva indotto la figlia B ad accusare il padre C. Pertanto è stata respinta la richiesta di A ad avviare delle nuove indagini e, in merito alla convivenza familiare, l'Autorità nazionale ha previsto misure di protezione nei confronti di B, regolando anche la custodia parentale della bambina fra i genitori A e C. Il 3 febbraio 2015 è stato depositato dalla madre A, sia in proprio sia quale rappresentante della minore B, il ricorso avverso lo stato Croato presso la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo invocando il fatto che lo Stato croato non aveva né disposto indagini adeguate sull'accusa di violenza sessuale di C nei confronti di B né aveva attuato un rimedio effettivo ed idoneo ad interrompere le condotte del padre verso la figlia.

<sup>3</sup> Corte EDU, 20. 06. 2019, op. cit., §§ 90-91.

<sup>4</sup> La Corte EDU, infatti, il 9 gennaio 2019, ha richiesto alla *Croatian Bar Association* di nominare un avvocato quale curatore speciale della minore B davanti al giudizio già instaurato nel febbraio 2015 dalla madre A presso la Corte. La Corte ha agito autonomamente adducendo quale prima motivazione il fatto che i giudici croati avessero già limitato la responsabilità della madre in quanto vi erano dei giudizi pendenti in Croazia sull'affidamento della minore B e, quale secondo motivo, la presenza di un conflitto d'interessi fra A e B.

decisione si fondano sulla combinata lettura degli articoli 35 §3 (a)<sup>5</sup>e 35 §4<sup>6</sup> della Convenzione EDU. In particolare, l'articolo 35 §3 (a) fa riferimento al precedente articolo 34 il quale prevede che la Corte possa essere investita di un ricorso da parte di chi "sostenga di essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione e nei suoi Protocolli." I Giudici infatti statuirono<sup>7</sup> che per sussistere i criteri richiamati dall'articolo 34 della Convenzione, il ricorrente che dichiara di essere vittima di una violazione deve essere anche colui sul quale ricadono gli effetti della decisione dei Giudici. Pertanto, essendo stata solamente B la possibile vittima delle violenze sessuali del padre C, non può essere riconosciuto lo status di vittima anche alla madre la quale è stata la rappresentante legale della figlia nei procedimenti svoltisi presso le Autorità Giudiziarie croate, ma non è mai stata intesa quale parte offesa del reato. Dunque, a detta della Corte, l'unica parte legittimata a resistere nel giudizio è la figlia B con la rappresentanza processuale dell'avvocato nominato *ex officio* dalla Croatian Bar Association. Il giudizio quindi è continuato per B, senza che la madre potesse avere alcun ruolo processuale per resistere innanzi la Corte.

Nelle *Concurring Opinions* dei Giudici - pubblicate insieme alla Sentenza - emerge come il Collegio abbia ritenuto necessaria la nomina di un curatore *ad litem* per la bambina B in quanto costei si trovava in una situazione di conflitto con la madre A. In questo caso, quindi, si profilava come intervento adeguato quello di nominare un soggetto terzo, un avvocato, che tutelasse gli interessi della minore in virtù del fatto che era sorto un conflitto di interessi fra la madre e la figlia. In particolare, il Giudice Wojtyczek rileva la presenza di una lacuna normativa – sia nella Convenzione sia nelle regole procedurali della Corte – ovvero sia la mancata menzione di una norma che disciplini la situazione in cui il minore si trovi ad essere in conflitto con i propri genitori. Qualora si prospetti la suddetta situazione, infatti, risulta difficile perseguire il *best interest of the child*. I Giudici Koskelo, Eicke e

---

<sup>5</sup> Il paragrafo 3 dell'Articolo 35 della Convenzione sancisce che "La Corte dichiara irricevibile ogni ricorso individuale presentato ai sensi dell'articolo 34 se ritiene che: il ricorso è incompatibile con le disposizioni della Convenzione o dei suoi Protocolli, manifestamente infondato o abusivo."

<sup>6</sup> Il paragrafo 4 dell'Articolo 35 della Convenzione sancisce che "La Corte respinge ogni ricorso che consideri irricevibile in applicazione del presente articolo. Essa può procedere in tal modo in ogni stato del procedimento."

<sup>7</sup> Corte EDU, 20. 06. 2019, op.cit., §89.

Ilievski, sulla scia di quanto affermato dal collega, prospettano la necessità di redigere in futuro norme idonee a salvaguardare l'interesse del minore ancor prima che il procedimento sia esposto innanzi alla Corte EDU<sup>8</sup>.

## 2. *The best interest of the child in un'ottica euro-unitaria*

I primi passi svolti nell'offrire al minore una tutela nel sistema del diritto internazionale pattizio è avvenuta nella Dichiarazione dei diritti del fanciullo di Ginevra del 1924. Adottata dalla quinta assemblea della Società delle Nazioni, la Dichiarazione si fonda sull'assunto che "mankind owes to the child the best it has to give."<sup>9</sup> Successivamente, con la nascita dell'ONU nel 1946, la nuova e costituita organizzazione internazionale si occupò immediatamente di riformare la Dichiarazione di Ginevra del 1924. Lo scopo, come statuito dalla commissione Sociale<sup>10</sup>, era quello di redigere una Dichiarazione che fosse "vincolante per le persone del mondo di oggi come lo era nel 1924"<sup>11</sup>. Il 20 novembre 1959 venne quindi adottata dall'Assemblea

---

<sup>8</sup> Nel caso di specie, il procedimento, pur risolvendosi con quattro voti a tre per quanto attiene alla mancata violazione da parte della Croazia degli articoli 3 e 8 della Convenzione, non ha trovato un riscontro effettivo nella decisione dei giudici. Questi infatti ne hanno dichiarato l'improcedibilità in quanto l'avvocato del minore B non ha presentato, nei termini prescritti dal Collegio, la documentazione richiesta per l'integrazione del giudizio.

<sup>9</sup> Records Of The Fifth Assembly, «Special Supplement No. 23», *League of Nations Official Journal*, New York, 1924, p. 179. I principi sanciti dalla Dichiarazione si caratterizzano per offrire al bambino una protezione sotto il profilo economico, psicologico e sociale. Viene quindi riconosciuto, per la prima volta, ai bambini una rilevanza giuridica ed uno status specifico. VAN BUEREN, G., *The International Law on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publisher, The Hague, 1998, p. 7, rileva come nell'applicazione della Dichiarazione, non viene fatta alcuna menzione degli Stati firmatari della stessa quali soggetti obbligati a far rispettare i principi sanciti bensì "tutti gli uomini e le donne di ogni nazione." Sono quindi questi ultimi i soggetti che devono offrire al minore un normale sviluppo materiale e spirituale e proteggere gli stessi dalla fame, dalle malattie e dallo sfruttamento economico. Di fatto quindi nella Dichiarazione non esiste alcun accenno alla responsabilità dello Stato qualora quest'ultimo adotti una normativa contraria ai principi enunciati nella Dichiarazione.

<sup>10</sup> United Nations, «Convention on the Rights of the Child», UN, New York, UN Doc. A/41/85.13.

<sup>11</sup> VAN BUEREN, G., *op. cit.*, p. 9, ritiene che non è chiaro se il commento della



Generale la Dichiarazione Universale dei diritti del fanciullo<sup>12</sup>. A differenza della Dichiarazione di Ginevra, la Dichiarazione di New York riconosce il bambino come un soggetto titolare di diritti ed invita gli Stati ad attuare misure idonee all'effettiva applicazione dei principi sanciti nella Dichiarazione<sup>13</sup>. Inoltre viene previsto quale elemento idoneo ad attuare i propri principi, il criterio del *best interest of the child* che deve essere considerato quale fine ultimo e di suprema rilevanza della stessa Dichiarazione<sup>14</sup>.

L'ultima Convenzione ONU in materia minorile è la Convenzione sui diritti del Fanciullo adottata dall'Assemblea Generale ONU il 20 novembre 1989. Anzitutto, la Convenzione definisce, per la prima volta su scala internazionale, il concetto di bambino. Pertanto, agli occhi del diritto internazionale, si intende per bambino "ogni essere umano avente un'età inferiore a diciott'anni."<sup>15</sup> Soprattutto però la Convenzione è foriera di enunciare quattro principi. Il primo attiene alla partecipazione del bambino alle decisioni che riguardano il proprio destino (Art.12). Il secondo invece è il principio di non discriminazione del bambino per motivi di sesso, razza, colore, lingua, religione e opinione politica (Art.2). Il terzo prevede che sia considerato il *best interest of the child* quale criterio fondante tutte le decisioni riguardanti il minore (Art. 3)<sup>16</sup>. Il quarto, infine, è il principio

---

commissione Sociale dell'ONU sia ironico oppure se attribuisce effettivamente un'autorità maggiore - di quella che in realtà ha avuto sul piano pratico - la Dichiarazione del 1924.

<sup>12</sup> Office Of The United Nations High Commissioner For Human Rights, «Legislative History of the Convention on the Rights of the Child», UN, New York, 2007, I, p. 3, secondo cui la stessa Organizzazione ha riconosciuto come la lacuna della Dichiarazione del 1924 risiedeva nel fatto che "il bambino non viene visto come un autonomo titolare di diritti quanto piuttosto come un soggetto meritevole della protezione che la Dichiarazione vuole attuare".

<sup>13</sup> UN, «Seminar on the Rights of the Child», Warsaw 6 to 9 August 1963, UN Doc. ST/TAO/HR/17. Secondo i lavori del seminario, la Dichiarazione di New York pur essendo stata approvata all'unanimità dagli Stati non era riuscita ad avere un'efficacia vincolante per gli stati firmatari. Solo nel 1979 gli stessi ritirano la propria opposizione alla non vincolatività della Dichiarazione stessa, dichiarandosi quindi favorevoli all'adozione di un nuovo trattato vincolante fra tutti i nuovi firmatari.

<sup>14</sup> Articolo 2 Dichiarazione Universale dei diritti del fanciullo.

<sup>15</sup> Articolo 1 Convenzione sui diritti del Fanciullo.

<sup>16</sup> General Committee No. 14., «On the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (Art. 3, para. 1)», CRC/C/GC/14, New York, 2013, *passim*.

del diritto alla vita, alla sopravvivenza e allo sviluppo del fanciullo (Art.6)<sup>17</sup>. La Convenzione del 1989 ha quindi riconosciuto maggiori diritti ai fanciulli nonché ha creato nuovi obblighi nell'adozione di misure che favoriscano lo sviluppo del minore per gli Stati che hanno ratificato la stessa.

Entrando nel dettaglio dell'analisi della figura del principio del *best interest of the child*, occorre precisare come la portata innovatrice della Dichiarazione è stata quella di intendere i fanciulli quali soggetti di diritto *tout court* ai quali la comunità internazionale doveva garantire protezione per il raggiungimento degli scopi demandati prima dalla Dichiarazione e successivamente dalla Convenzione dell'1989<sup>18</sup>.

L'articolo 2 della Dichiarazione di New York e l'articolo 3 della Convenzione statuiscono il principio del *best interest of the child*. Apparentemente simili, i due articoli differiscono per quanto riguarda il criterio da adottare per l'applicazione di questo principio. Infatti, l'articolo 2 della Dichiarazione statuisce che "the best interests of the child shall be the paramount consideration", espressione che può essere tradotta come "il superiore interesse del minore deve essere preso quale considerazione determinante". In tal modo viene inteso l'interesse del minore quale criterio decisivo da applicare a tutte le decisioni che riguardano il fanciullo. Invece, nella Convenzione, viene sostituito l'aggettivo "paramount" con l'aggettivo "primary" (primario), indicando così la necessità di considerare l'interesse superiore del minore sì come criterio primario per la risoluzione di controversie che lo riguardano ma non più come elemento determinante. Si è assistito quindi ad un bilanciamento fra l'interesse del minore ed i principi statuiti dalla Convenzione<sup>19</sup>. Inoltre, rispetto al passato in cui l'aggettivo "paramount" era preceduto dall'articolo determinativo "the", nella nuova formulazione dell'1989, l'aggettivo "primary" è affiancato dall'articolo indeterminativo "a", dando così un'impronta apparentemente meno impositiva all'applicazione del criterio ermeneutico del *best interest of the child*.

<sup>17</sup> FALCH ERIKSEN, A., BACKE-HANSEN, E., *Children Right to Protection under the CRC*, Brill, Oslo, 2018, pp.18-19.

<sup>18</sup> ZERMATTEN, J., *The Convention on The Rights of The Child from the perspective of the Child's best interest and Children's views*, Editions Saint Augustin, Sion, 2007, p.37.

<sup>19</sup> DI LORENZO, N., «Il principio del superiore interesse del minore nel sistema di protezione del fanciullo all'interno delle relazioni familiari», in *Vecchie e nuove 'famiglie' nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, Atti del convegno di studi in Catania, 2014, p. 2.

Tuttavia, fino alla risoluzione n.14 del 2013 adottata dal Comitato ONU sui diritti dei bambini<sup>20</sup> non era stata chiarita la portata del principio, pur essendo stato questo ampiamente applicato a livello normativo e giurisprudenziale su scala mondiale<sup>21</sup>. In ogni caso, nemmeno il Comitato è riuscito a fornire una definizione del concetto, in quanto le decisioni devono essere prese con riferimento al singolo fanciullo ed alla sua situazione individuale, alla luce delle specifiche circostanze che riguardano il minore, un gruppo di minori o il bambino in generale<sup>22</sup>. Ai paragrafi 50 e seguenti del Commento, poi, è stato stilato un elenco di criteri da considerare nell'applicazione del principio del *best interest of the child* fra cui rientrano l'età, l'essere disabile, l'appartenere ad una minoranza, l'identità personale, l'orientamento sessuale, il genere, il credo religioso, l'identità culturale così come la possibilità per il fanciullo di stare in un ambiente salubre e sicuro, il clima familiare di appartenenza ed il mantenere determinate relazioni sociali e personali<sup>23</sup>. Elencando questi criteri il Comitato ha inteso attuare un inquadramento individualistico del minore che fa sì che costui, nelle decisioni che lo riguardano, sia considerato in sé e per sé. Si tratta di moltissimi elementi da valutare, contemporaneamente e contestualmente, e soprattutto da bilanciare per far sì che la decisione presa nei confronti del bambino sia quella

---

<sup>20</sup> General Committee No. 14., op. cit., p. 9.

<sup>21</sup> Si pensi, per esempio, al celebre caso deciso dalla Corte Costituzionale del Sud Africa, 4 maggio 2000, Christian Education South Africa c. Minister of Education, in [www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/11.html](http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/11.html). La Corte Costituzionale era stata chiamata a decidere della legittimità costituzionale della legge nazionale sudafricana che impediva l'utilizzo di pene corporali per i minori a fine educativo. La Corte si è trovata a bilanciare la posizione governativa secondo cui sarebbe nell'interesse del minore non subire punizioni corporali rispetto alla posizione della Chiesa cattolica che ritiene tale normativa contraria alla libertà religiosa in quanto il sistema educativo delle scuole religiose si fonda sull'utilizzo delle punizioni corporali così come previsto dalla Bibbia. Nel caso di specie la Corte afferma la sussistenza di una "multiplicity of intersecting constitutional values and interests" e decide proprio sulla base della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo ove è sancito l'interesse del minore deve essere protetto da trattamenti inumani e degradanti.

<sup>22</sup> General Committee No. 14., op. cit., p. 12. Fra la dottrina si veda FOCARELLI, C., «La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di 'best interests of the child'», *Riv. dir. int.*, 2010, p. 981 ss., il quale tenta di definire il concetto di superiore interesse del minore, interpretando la Convenzione di New York secondo i criteri sanciti dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969.

<sup>23</sup> General Committee No. 14., op. cit., p. 13 e ss..

che, effettivamente, consenta di attuare il suo superiore interesse, avuto riguardo anche dei suoi bisogni<sup>24</sup>. Come ulteriormente specificato nel Commento in esame, il *best interest of the child* deve essere quindi inteso nella sua triplice dimensione. Questa si estrinseca nell'essere un diritto soggettivo del minore, un principio interpretativo da applicare per le decisioni che riguardano il fanciullo ed infine come regola procedurale. Soprattutto in quest'ultimo caso, è necessario considerare anche l'impatto che la decisione può avere nella realizzazione dell'interesse superiore del minore. In particolare, gli Stati, nelle proprie decisioni, devono esporre i motivi e i criteri che hanno adottato per attuare il *best interest of the child* specificando gli elementi presi in considerazione rispetto ad altri<sup>25</sup>.

L'Unione Europea ha recepito il principio del *best interest of the child* a partire dalla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996<sup>26</sup>, la quale stabilisce all'articolo 6 che "l'autorità giudiziaria, prima di giungere a qualsiasi decisione, deve: esaminare se dispone di informazioni sufficienti per prendere una decisione nell'interesse superiore del fanciullo e, se del caso, ottenere informazioni supplementari in particolare da parte di coloro che hanno responsabilità genitoriale". La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (Carta di Nizza), poi, rafforza il principio sancendo all'articolo 24, comma 2, che "in tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente."<sup>27</sup> Infine, nel panorama della normativa europea, il principio dell'interesse superiore del minore è stato enunciato in Regolamenti e Direttive concernenti l'immigrazione e la richiesta di asilo<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> FALCH-ERIKSEN, A., BACKE-HANSEN, E., op. cit., pp. 31 ss.

<sup>25</sup> General Committee No. 14., op. cit., p. 18.

<sup>26</sup> Consiglio d'Europa, Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, 1996, disponibile su: <https://www.coe.int/it/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=160> (visitato il 10.01.2023).

<sup>27</sup> Commissione Europea, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, 2012, C 326/02, disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT> (visitato il 10.01.2023).

<sup>28</sup> Easo, «EASO practical guide on the best interests of the child in asylum procedures», EASO Practical Guides Series, Brussels, 2019, p. 13. Attenta Dottrina, fra tutti RUO, M. R., "The best interest of the child" nella giuri- sprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo», *Minori & Giust.*, 2011, p. 39 ss., ha evidenziato come l'interesse

In Italia, per concludere, l'interesse superiore del minore affonda le proprie radici negli articoli 30 e 31 della Costituzione nonché sull'articolo 10, comma 1, Cost., e sul novellato articolo 117 comma 1, Cost., nei quali viene sancita che la potestà legislativa statale è esercitata anche nel rispetto "dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali."<sup>29</sup> La Corte Costituzionale stessa ha però, nei fatti, accolto questo principio dal 1981<sup>30</sup> ed in successive sentenze<sup>31</sup>, a mente del quale ha sottolineato come questo debba essere valutato "in concreto" tramite "un'adeguata comparazione degli interessi in gioco, alla luce della concreta situazione dei soggetti coinvolti in particolare, del minore."<sup>32</sup> Sul piano normativo, invece, emerge dalla lettura, per esempio, dell'articolo 315bis c.c. o dell'articolo 337ter c.c., come il nostro ordinamento cerchi di considerare il minore nella sua sfera "morale e materiale".<sup>33</sup> Pertanto, il principio dell'interesse superiore del minore viene a profilarsi come criterio generale, "regola di giudizio e misura di giustizia delle decisioni riguardanti i minori"<sup>34</sup> in perfetta sintonia con quanto dichiarato dalla normativa comunitaria e sovranazionale.

Parrebbe quindi che oggi, il *best interest of the child* debba essere inteso quale principio giuridico dell'ordinamento pubblico interno ma anche quale principio dell'ordinamento pubblico internazionale<sup>35</sup>.

---

superiore del minore venga anche indirettamente tutelato dall'articolo 8 della Convenzione EDU in virtù della tutela offerta alla "vita privata e familiare"; RUO, M., "La tutela dei figli e procedimenti relativi alla crisi della coppia genitoriale nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo», *Dir. fam. pers.*, 2011, p. 1011.

<sup>29</sup> CORAPI, G., «La tutela dell'interesse superiore del minore», *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2017, p.781.

<sup>30</sup> Corte Cost., 10 febbraio 1981, n.11. La Consulta, in materia di adozioni minorili ha sancito che "non sarebbe in armonia coi principi costituzionali, ex art. 30, primo e secondo comma della Costituzione, un'applicazione ad effetto automatico del criterio di priorità temporale che sacrifichi il preminente interesse del minore alla ricerca della soluzione più adeguata per lo sviluppo della sua personalità."

<sup>31</sup> Si veda Corte Cost., 1 aprile 1992, n.148; Corte Cost., 4 luglio 1996, n.303; Corte Cost. 5 luglio 1999, n.283; Corte Cost., 23 febbraio 2012, n.31; Corte Cost., 23 gennaio 2013, n.7.

<sup>32</sup> Corte Cost., 18 dicembre 2017, n. 272.

<sup>33</sup> BASINI, G. F., «I provvedimenti relativi alla prole», in *La separazione personale tra coniugi. Il divorzio. La rottura della convivenza more uxorio*, Bonilini, G. G. (a cura di), *Tratt. dir. fam.*, III, Torino, 2016, p. 3110 ss.

<sup>34</sup> TOMMASEO, F., «La tutela dei minori nel quadro di un diritto in bilico fra riforme recenti e annunciate», *Fam. Dir.*, 2015, p. 714.

<sup>35</sup> Fra tutti si veda BARBA, V., «L'ordine pubblico internazionale», *Rass. Dir. Civ.*, 2018,

Non solo. Nell'ottica del giurista contemporaneo, è solo grazie al raggiungimento degli obiettivi dell'Agenda 2020-2030 ONU che può essere applicato dalla Comunità internazionale l'interesse superiore del fanciullo in quanto grazie allo scopo comune di "non lasciare nessuno indietro" vengono tutelati i bambini del domani<sup>36</sup>.

### 3. Il conflitto fra parti nella prospettiva del diritto minorile europeo

Si rende ora necessario focalizzare il presente campo di indagine sull'esperienza italiana, al fine di rispondere al quesito posto all'inizio dell'odierna trattazione. Come emerso dal caso in esame, affinché la decisione relativa al minore sia presa con riguardo al suo superiore interesse, occorre che questi, già in occasione dell'instaurazione del contraddittorio, non si trovi in conflitto con chi, al momento dell'apertura del procedimento, lo rappresenta legalmente. Trattasi dei cosiddetti "conflicts between parties" e cioè dei conflitti di interessi, anche a carattere potenziale, a prescindere dalla loro effettività, fra genitore (rappresentante legale) e figlio (rappresentato)<sup>37</sup>. La situazione si verifica quando il potere del rappresentato si trova in contrasto con quello del genitore rappresentante che è interessato ad un atto di contenuto diverso o ad un esito della lite diverso da quello che lo avvantaggia. Il problema è

---

pp. 406 – 407 ed i riferimenti in nota ivi contenuti. Inoltre, sempre secondo l'Autore, v., op. cit., p. 446, la funzione principale dell'ordine pubblico internazionale è quella di garantire che all'interno di un sistema normativo vi sia una coerenza con l'architettura di principi di cui esso è composto, evitando quindi che norme che violano i principi inviolabili del sistema possano entrare a far parte di quell'ordinamento giuridico.

<sup>36</sup> GIOFFREDI, G., «Il Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite e la promozione e la tutela dei diritti dell'infanzia», *Eunomia. Rivista semestrale di Storia e Politica Internazionali*, 2019, p. 138.

<sup>37</sup> Cfr. Corte EDU, 28.08.2015, Y. c. Slovenia, no. 41107/10, § 101.

stato riconosciuto, oltre che dalla giurisprudenza<sup>38</sup> e normativa<sup>39</sup> italiana, anche dalle fonti internazionali fra cui la Convenzione di New York del 1989<sup>40</sup> ed, in seguito, sul piano europeo, dalla Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli del 1996<sup>41</sup> e dalla Convenzione EDU il cui articolo 8 impone, quasi quale principio per l'intera Comunità Europea, il rispetto da parte degli Stati alla vita privata e familiare di ogni individuo, obbligando le autorità nazionali a tutelare i rapporti fra i vari membri della famiglia, e, nel caso, adottare tutte le misure necessarie e idonee a mantenere vivi i legami familiari.

#### **4. La figura del curatore del minore quale garante dei suoi interessi nel processo: profili sostanziali e profili processuali**

Nell'ordinamento giuridico italiano, i conflitti di natura patrimoniale e non patrimoniale, che possono insorgere fra genitori e

---

<sup>38</sup> Cfr. Cass., 02 febbraio 2016, n.1957 in DeJure.it, che impone la nomina di un curatore speciale del minore in quanto la posizione del fanciullo si può porre in conflitto, in quanto non si può stabilire *ex ante*, con quella dell'altro genitore legittimato passivo, nei giudizi di impugnazione del riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio. Sul tema più generale del conflitto fra parti si vedano *ex multis*: Cass., 28 marzo 2017, n. 7889 in DeJure.it; Cass., 18 gennaio 2016, n.11782 in DeJure.it; Cass., 5 marzo 2014, n.5097 in DeJure.it; Cass., 11 dicembre 2013, n.27729 in DeJure.it; Cass., 10 settembre 2010, n.19066 in DeJure.it; Cass., 17 febbraio 2010, n.3804 in DeJure.it; Cass., 30 maggio 2008, n.14481 in DeJure.it; Cass., 30 maggio 2003, n.8803 in DeJure.it; Cass., 16 settembre 2002, n.13507 in DeJure.it.

<sup>39</sup> Si vedano, a titolo di esempio, gli articoli 336 c.c.; 78 c.p.c. e 80 c.p.c..

<sup>40</sup> L'articolo 12 della Convenzione di New York del 1989 stabilisce al primo comma l'obbligo per gli Stati, fra cui l'Italia, di garantire al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere la propria opinione su ogni questione che lo riguarda. In virtù di ciò, quanto espresso dal minore deve essere preso debitamente in considerazione, tenuto conto della sua età e del suo grado di maturità. Il secondo comma, poi, ammette la possibilità per il fanciullo di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne direttamente o indirettamente, tramite un rappresentante o organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di ogni ordinamento nazionale.

<sup>41</sup> Articoli 4 e 9 della Convenzione di Strasburgo.

figli, offrono al soggetto più “fragile”<sup>42</sup> la possibilità di esercitare, in sede processuale, il proprio diritto di difesa così come garantito dalla Costituzione<sup>43</sup> tramite la figura del curatore speciale del minore, disciplinata agli articoli 78 c.p.c., 79 c.p.c. e 80 c.p.c. del codice di procedura civile. Il curatore speciale del minore è colui che – nel caso in cui la rappresentanza non possa essere attuata dai genitori o da colui che ne esercita la potestà – in sostituzione del minore, compie uno o più atti specifici o tutela gli interessi dello stesso<sup>44</sup> per l’intera durata del processo<sup>45</sup>. Il ruolo del curatore – dal 2007 quando è entrata in

---

<sup>42</sup> STANZIONE, P., «Costituzione, diritto civile e soggetti deboli», *Fam. dir.*, 2009, p.312, definisce il minore come il “soggetto fragile tra i più fragili”.

<sup>43</sup> Il diritto di difesa garantito dalla Costituzione deve essere letto sulla base del combinato disposto degli articoli 24 e 111 della Carta fondamentale per la quale questo si attua “nel contraddittorio tra le parti in condizione di parità, davanti ad un giudice terzo e imparziale”. In apparenza può sembrare superflua questa precisazione ma è anche grazie alla Costituzione ed una più elastica lettura delle Convenzioni internazionali di cui viene scritto nei paragrafi precedenti che si è giunti a riconoscere il minore il ruolo processuale di “parte sostanziale” e pertanto con gli stessi diritti, oneri e doveri che anche i gli adulti hanno in aula (v. Corte cost., 16 gennaio 2002, n.1 in DeJure.it) A seguito di questa storica pronuncia della Consulta è stato imposto all’ordinamento l’onere di assicurare ai minori, tramite la figura del curatore speciale, i principi del giusto processo. Da qui in poi, anche le più recenti pronunce della Cassazione hanno inteso il minore quale parte processuale, decretando, in molti casi, qualora non venga nominato un curatore per lo stesso, la nullità dell’intero procedimento (Cfr. Cass., 13 marzo 2019, n.7196 in DeJure.it; Cass. Sez. Un., 21 ottobre 2009, n.22238; Cass. 2 febbraio 2016, n.1957 in DeJure.it; Cass.19 maggio 2010, n.12290 in DeJure.it; Cass., 18 giugno 2016, n.11782 in DeJure.it).

<sup>44</sup> POLISENO, B., *Profili di tutela del minore nel processo civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Bari, 2017, p. 252 ss., la quale attentamente sottolinea come il minore, in virtù della clausola generale di cui all’art. 2 c.c., benché dotato di *legitimatia ad causam*, è privo di capacità processuale; Cfr. QUERZOLA, L., *Il processo minorile in dimensione europea*, Bonomia University Press, Bologna, 2010, p. 100; QUERZOLA, L., «Minore e processo nelle riflessioni della Cassazione: Capacità processuale, difesa e ascolto alla luce delle fonti internazionali», in BIAVATI P. (a cura di), *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*, Bologna, 2012, p. 372 ed infine DANOVÌ, F., «Il difensore del minore tra principi generali e tecniche del giusto processo», in *Dir. Fam. Pers.*, 2010, p. 246.

<sup>45</sup> Il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere con sentenza del 30 gennaio 2017 n.323, definisce chiaramente i compiti e la funzione del curatore statuendo che “nel diritto di famiglia si parla anche di curatore con riferimento a soggetti investiti di un ufficio di diritto privato, con funzioni di assistenza ad un singolo atto. Si tratta di soggetti ai quali viene affidato il compito di integrare con il proprio consenso la volontà dell’interessato. Il curatore speciale chiamato, invece, a rappresentare l’incapace per determinati atti (curatore ad acta) o anche in sede processuale (curatore in un processo) non svolge né una funzione di mera assistenza, né compiti generali di



vigore la l.149/2001<sup>46</sup> che ha istituito la difesa tecnica nei procedimenti di potestà e per la dichiarazione di adottabilità – ha assunto un ruolo sempre più importante quale strumento di tutela e di realizzazione degli interessi del minore o dell'incapace.

Il codice civile presenta molteplici richiami, diretti ed indiretti<sup>47</sup>, al ruolo del curatore speciale del minore. Emerge, da una lettura

---

protezione del soggetto incapace ma ha poteri di rappresentanza - cioè di sostituzione all'incapace- che gli sono stati conferiti con il provvedimento di nomina e che cessano con l'espletamento dell'incarico. Questa è la caratteristica e, insieme, il limite della funzione del curatore speciale del minore che lo contraddistinguono non solo dal curatore dell'emancipato o dell'inabilitato ma anche da altre figure quali il tutore o l'affidatario ai quali sono attribuite funzioni generali e continuative di protezione di un minore d'età".

<sup>46</sup> Si noti come la L.149/2001 nomina la figura del curatore speciale solo all'art. 15 comma 2 nel quale prevede che la sentenza di adottabilità del minore venga notificata "al tutore e al curatore speciale ove esistano". Tuttavia, la legge, istituendo la difesa tecnica del minore in determinati procedimenti, ha implicitamente riconosciuto e riformato la figura del curatore speciale del minore che, come si vedrà in seguito, molto spesso coincide con quella del difensore del minore. La legge del 2001 è il frutto del recepimento della Convenzione di New York del 1989 e della Convenzione di Strasburgo da parte del nostro ordinamento giuridico che fa propri questi principi. In tempi più recenti, in materia di diritto di famiglia e di minori, è di preminente rilevanza la l. 10 dicembre 2012 n.219 e il d.lgs. 154/2013 che hanno equiparato lo status di figlio nell'ordinamento italiano, sostituendo le parole "figlio legittimi" e "figli naturali" dalla seguente "figli" e delegato poi il governo ad operare nello stesso senso "in tutto la legislazione vigente". Sulla delega del governo si rimanda a BIANCA, C. M., «La delega al governo per la revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione», *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, pp. 592 e ss. e a TOMMASEO, F., «Per la giustizia 'a misura del minore: la Cassazione ancora sull'ascolto del minore», in *Fam. e dir.*, 2012, pp. 39 ss.. Inoltre, secondo DANOVI, F., «Il soggetto debole nelle relazioni familiari in atti del convegno La tutela del soggetto debole», Intervento presso la Corte di Cassazione, Roma, 2018, p. 13 ss., le due riforme hanno eliminato la dicotomia "potestà genitoriale - responsabilità genitoriale portando, anche sulla scia progressista del diritto comunitario "alla progressiva erosione della portata assoluta dell'incapacità, a favore di una pur sempre accresciuta sfera di autodeterminazione e della necessità che il minore possa esprimere attraverso la sua voce quegli irrinunciabili diritto che l'ordinamento gli riconosce", Cfr. BUGGETTI, M. N., *Nuovi strumenti di tutela dei soggetti deboli tra famiglia e società*, Ipsoa, Torino, 2008, pp. 29 e ss., secondo il quale la riforma del 2012 ha dotato "tutti i minori di un complesso di diritti e garanzie e di un apparato di tutele realmente 'a misura' della sua specificità fragilità".

<sup>47</sup> Si pensi in proposito alle azioni di stato ex articolo 247 c.c. a mente del quale, qualora una delle parti sia minore, è necessaria la nomina da parte del giudice di un curatore affinché possa essere garantito il contraddittorio fra le parti nell'azione di disconoscimento della paternità. L'articolo 263 c.c., anche se non esplicitamente, ritiene il minore litisconsorte necessario e, pertanto, è necessaria per la sua presenza

sistematica dello stesso, che la figura del curatore speciale del minore assurge da difensore degli interessi del minore stesso nelle situazioni in cui manca un soggetto idoneo a tutelare i propri interessi e le “Linee Guida del curatore speciale/difensore del minore nei procedimenti di adattabilità e de potestate”, redatte nel 2012 dall’Unione Nazionale delle Camere Minorili, sono l’estrinsecazione pratica dei principi costituzionali e convenzionali posti a tutela del minore<sup>48</sup>.

Leggendo quanto sancito dalle Linee guida si rinviene come nella condotta che il curatore/difensore deve tenere al fine di assicurare l’espletamento del proprio mandato questo debba “valutare il migliore interesse del minore nel rispetto dei diritti costituzionalmente garantiti allo stesso e delle Convenzioni internazionali” (punto 1 delle Linee guida), ispirandosi al principio di “minima offensività” per il minore (punto 2 delle Linee guida)<sup>49</sup>.

---

in giudizio la nomina di un curatore speciale del minore. Le norme relative alla responsabilità genitoriale nei confronti dei figli richiamano, invece, direttamente la nomina del curatore speciale del minore, basti pensare all’articolo 320 comma 6 c.c. che prevede, qualora insorga un conflitto di interessi patrimoniale, che il giudice nomini un curatore per il minore. L’articolo 321 c.c. invece sancisce esplicitamente la necessità della nomina di un curatore qualora il minore si trovi privo di un soggetto che possa assisterlo nella realizzazione dei propri interessi. A seguire, l’articolo 330 c.c., invece, è inerente alla pronuncia di un provvedimento di decadenza della responsabilità genitoriale mentre la sua limitazione è disciplinata dall’art. 333 c.c.. Inoltre, l’articolo 334 c.c. prevede la nomina di un curatore speciale qualora il patrimonio del minore sia male amministrato. Infine, gli articoli 336 c.c. e 336bis c.c. disciplinano l’ascolto del minore, qualora tale operazione realizzi l’interesse dello stesso, che abbia compiuto gli anni 12 o di età inferiore ma capace di discernimento nei provvedimenti che lo riguardano.

<sup>48</sup> Si noti in proposito come le “Linee Guida del curatore speciale/difensore del minore nei procedimenti di adattabilità e de potestate” redatta dall’Unione Nazionale Camere Minorili nel 2012 usino indistintamente la parola difensore e curatore anche quale sinonimi. A detta dello scrivente ciò può avere due distinti significati. Il primo, più costituzionalmente e convenzionalmente orientato, è quello per cui la funzione del curatore assurge anche a quella di difensore degli interessi del minore ai sensi dell’articolo 30 della Carta fondamentale. Il secondo significato, invece, più pragmatico, come si vedrà al paragrafo 6 del presente lavoro, attiene invece al ruolo processuale del curatore che, molto spesso, è anche l’avvocato del minore, ricoprendo sia la funzione di difensore processuale sia di curatore *ad acta* del fanciullo.

<sup>49</sup> Il 28 settembre 2019 è stata approvata all’unanimità dei presenti a Lamezia Terme la nuova versione delle “Linee Guida del curatore speciale”. Rispetto alle Linee Guida del 2012, che erano ristrette solo ai procedimenti di adattabilità e de potestate, le nuove Linee Guida sono attuabili “nei procedimenti civili”, con ciò ampliando la portata delle stesse a tutti i procedimenti civili. Per quanto attiene alla differenza di

Sul versante processual-civilistico, la figura ed il ruolo del curatore speciale del minore vengono disciplinati dagli articoli 78 c.p.c., 79 c.p.c. ed 80 c.p.c.. In virtù dell'articolo 78 c.p.c., il curatore deve essere nominato qualora manchi la persona a cui spetta la rappresentanza o l'assistenza del minore o qualora suscitano ragioni d'urgenza nonché qualora sussistano conflitti di interessi col rappresentante. La sua nomina, poi, ai sensi dell'articolo 79 c.p.c. può essere chiesta sia *ex officio* dal pubblico ministero ma anche dal minore stesso, dai suoi prossimi congiunti e dal rappresentante del minore nonché da chiunque vi abbia interesse, direttamente al giudice di pace o al presidente dell'ufficio giudiziario presso cui si intende proporre la causa. Dopo aver raccolto le opportune informazioni circa il soggetto inteso a ricoprire il ruolo del curatore speciale del minore, ai sensi dell'articolo 80 c.p.c., il giudice provvede con decreto alla sua nomina.

Nella prassi giudiziaria, l'istituto del curatore speciale del minore è spesso associato con quello dell'avvocato del minore<sup>50</sup>. Non di rado, infatti, le due figure sono incorporate nella stessa persona: l'avvocato che difende il minore ne è anche il curatore speciale. Parrebbe che fra le ragioni di questa "fusione" delle due figure – oltre anche a motivi pratici quali appunto l'esperienza giuridica che risulta fondamentale nello svolgimento del compito del curatore speciale del minore – vi possa essere anche il precedente vuoto normativo e la concreta difficoltà in materia di retribuzione del curatore. Questo aspetto infatti, non è disciplinato né dal Testo Unico sulle spese di giustizia né da altra normativa. Pertanto sembra che lavoro del curatore debba essere svolto gratuitamente, con ripercussioni che possono incidere sulla qualità del lavoro svolto. Qualora il curatore sia anche avvocato, è stato aggirato il problema consentendo al difensore di chiedere al cliente-fanciullo, il pagamento per l'opera professionale svolta in qualità di avvocato (si noti, non in quanto curatore ma di avvocato!) tramite l'applicazione delle relative tariffe professionali di cui al DM 55/2014. Però il corrispettivo potrà essere corrisposto dal minore al difensore/curatore solo qualora questi sia titolare di un proprio patrimonio o, in caso contrario, se ricorrono le condizioni, attraverso

---

principi e linee guida disciplinate, queste non differiscono con quanto già sancito nel 2012.

<sup>50</sup> DOSI, G., *L'avvocato del minore. Professione legale e relazioni familiari*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 3.

l'ammissione al gratuito patrocinio<sup>51</sup>. Per risolvere questo problema, nel 2006 è intervenuta la Corte Costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 146 del d.P.R. n.115/2002 nella parte in cui non prevede che siano anticipate dall'Erario le "spese ed onorari" verso il curatore fallimentare<sup>52</sup>. A detta della Consulta, infatti, il curatore fallimentare non è ausiliario del magistrato bensì ausiliare della giustizia, pertanto sussiste una disparità di trattamento economico fra gli ausiliari del giudice e gli ausiliari della giustizia. Applicando questa impostazione<sup>53</sup>, si ritiene fondato l'assunto per cui il curatore speciale del minore ai sensi della legge n.184/1983 modificata con la legge n.149/2001 non è un ausiliario del magistrato bensì della giustizia con ciò ritenendo censurabili circa la loro irragionevolezza sia gli articoli 9 della Convenzione di Strasburgo sia

---

<sup>51</sup> Ai sensi dell'art. 76 d.P.R. n.115/2002 però, per essere ammessi al gratuito patrocinio, occorre sommare i redditi conseguiti da ogni componente della famiglia, mentre, al fine di ammettere il minore al gratuito patrocinio, si tiene conto del solo reddito personale (del minore o incapace) quando oggetto della causa siano diritti della personalità o processi in cui gli interessi di colui che richiede l'ammissione sono in conflitto con quelli degli altri componenti del nucleo familiare. Con ciò si ricomprendono anche i procedimenti in cui viene nominato un curatore speciale per il minore in quanto, *ut supra*, se non vi fosse un conflitto anche potenziale fra il minore ed i genitori o un familiare (nonni e parenti compresi) non sussisterebbe la necessità di nominare un curatore. Tuttavia è sorto il problema se sia possibile annoverare fra i familiari anche agli affidatari del minore. Infatti l'articolo 29 della Costituzione intende per famiglia la "società naturale fondata sul matrimonio" ma non fornisce altre informazioni in proposito. Leggendo l'articolo 4 del d.P.R. 223/1989 relativo al regolamento anagrafico della popolazione residente, così come novellato dal D.lgs 5/2017, agli effetti anagrafici deve intendersi per famiglia "un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, unione civile, parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale." Inoltre, anche leggendo l'articolo 2 comma 6 del D.l. 69/1988 che definisce il nucleo familiare, questo fa riferimento all'articolo 38 del decreto del presidente della Repubblica n.818 del 26 aprile 1957 con ciò includendo anche agli affidatari del minore. Quindi, per semplificare, qualora il minore sia affidato a determinati soggetti, questi non è ammesso al gratuito patrocinio in quanto la sua permanenza presso gli affidatari viene vista dall'Erario quale nucleo familiare e, come in una famiglia "normale" gli affidatari, quali sostituti dei genitori, devono farsi carico delle spese, anche legali, che spettano al minore nella realizzazione del suo interesse. Tuttavia, si apre un nuovo scenario qualora il minore affidato, in un procedimento di adattabilità, si trova in conflitto di interessi con gli affidatari che assumono il ruolo di parte in quel determinato processo. In questo caso, si verifica la situazione di cui all'art. 76 del d.P.R. 115/2002 ed il minore può essere ammesso al gratuito patrocinio.

<sup>52</sup> Corte Cost. 28 aprile 2006, n. 174 in DeJure.it.

<sup>53</sup> ROMANA ARCIULI, F., «La figura del curatore speciale nei procedimenti civili minorili», *Fam e giust.it*, 2008, p. 1 ss..

gli articoli 15 della legge n.149/2001 e 78 c.p.c. che non prevedono il diritto ad un compenso per il curatore del minore.

A pochi mesi di distanza dalla pronuncia della Corte Costituzionale, poi, la Corte di Cassazione<sup>54</sup> ha attribuito all'istituto del curatore del minore il ruolo di mandatario rispetto al soggetto per cui ricopre l'incarico. Il compenso, quindi, deve essere liquidato secondo la disciplina del contratto di mandato ex art. 1703 e ss. c.c.<sup>55</sup>. Anche a seguito del citato intervento della Corte di legittimità, la difficoltà per il curatore del minore a ricevere il compenso per l'attività svolta risulta assai complesso ed è auspicabile un intervento idoneo da parte del legislatore volto a colmare la presente lacuna.

## **5. La riforma di cui alla L. 206/2021 ed i nuovi confini della figura del curatore del minore**

Recentemente però, con la nuova riforma del processo di famiglia ovverosia con l'entrata in vigore della Legge 26 Novembre 2021 n. 206<sup>56</sup>, il ruolo del curatore è cambiato drasticamente. La Novella, agli articoli 1, comma 30 ed articolo 1, comma 31, apporta modifiche consistenti agli articoli 78 c.p.c. ed 80 c.p.c.. Nel primo caso viene aggiunto un comma<sup>57</sup>. L'articolo 80 c.p.c. invece, vede l'introduzione

---

<sup>54</sup> Cass., 22 giugno 2006, n. 14447 in DeJure.it.

<sup>55</sup> Di tale prospettiva, per quanto concerne la stipula di atti negoziali da parte del curatore speciale del condominio, è il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Pescara in un parere rilasciato il 18 marzo 2010 ad un avvocato. Il COA di Pescara fa riferimento all'articolo 360 comma 2 c.c., art. 65 disp. att. c.c. e all'articolo 78 c.p.c. intendendo la figura del curatore speciale (del condominio) quale mandatario del condominio-mandante. A detta del COA quindi si applicherebbe, per la liquidazione del compenso professionale del curatore l'articolo 1709 c.c. il quale presuppone il principio di onerosità stabilendo che la misura di questo deve o essere pattuito fra le parti o ricavabile in base alle tariffe professionali o, ancora, a seconda degli usi negoziali o, infine, qualora manchi una precisa misura circa l'ammontare di questo, da parte del giudice.

<sup>56</sup> Per una analisi del nuovo processo di famiglia si veda LUPOI, M. A., «Il rito unitario di famiglia», in Di Marco, G., (a cura di), *La riforma del processo civile commento alla L. 26 novembre 2021*, Torino, 2022, p. 195 ss.

<sup>57</sup> Il nuovo comma dell'articolo 78 c.p.c. così recita "Il giudice provvede alla nomina del curatore speciale del minore, anche d'ufficio e a pena di nullità degli atti del procedimento: 1) con riguardo ai casi in cui il pubblico ministero abbia chiesto la

di un periodo al primo comma<sup>58</sup> e di un successivo terzo comma<sup>59</sup>. La rilevanza pratica delle modifiche apportate ai due articoli del codice di rito è enorme. In primo luogo, rispetto alla disciplina previgente che includeva gli incapaci nei soggetti alla cui tutela il curatore veniva proposto, viene fatto espresso richiamo alla figura del curatore speciale del minore, legittimando ancora di più questa figura nel panorama giuridico italiano. Viene quindi riconosciuto il ruolo primario dello stesso nella realizzazione del *best interest of the child* e, qualora questo risulti inadempiente, ai sensi dell'articolo 80, comma 3, ultimo periodo, c.p.c. può essere revocato dal proprio ufficio.

Inoltre, l'articolo 78 c.p.c., così come novellato, rimarca le situazioni di conflittualità fra le parti nel procedimento ed indica in maniera tassativa le situazioni nelle quali è necessaria la nomina di un curatore. In particolar modo, si pone l'accento sulla possibilità disciplinata all'articolo 78, comma 3, n.1 c.p.c., a mente del quale il giudice provvede alla nomina di un curatore anche nelle ipotesi in cui uno dei genitori abbia chiesto la decadenza dell'altro<sup>60</sup>. Così facendo si pone

---

decadenza dalla responsabilità genitoriale di entrambi i genitori, o in cui uno dei genitori abbia chiesto la decadenza dell'altro; 2) in caso di adozione di provvedimenti ai sensi dell'articolo 403 del codice civile o di affidamento del minore ai sensi degli articoli 2 e seguenti della legge 4 maggio 1983, n. 184; 3) nel caso in cui dai fatti emersi nel procedimento venga alla luce una situazione di pregiudizio per il minore tale da precluderne l'adeguata rappresentanza processuale da parte di entrambi i genitori; 4) quando ne faccia richiesta il minore che abbia compiuto quattordici anni. In ogni caso il giudice può nominare un curatore speciale quando i genitori appaiono per gravi ragioni temporaneamente inadeguati a rappresentare gli interessi del minore; il provvedimento di nomina del curatore deve essere succintamente motivato."

<sup>58</sup> Articolo 80, comma 1, ult., per., c.p.c. "Se la necessità di nominare un curatore speciale sorge nel corso di un procedimento, anche di natura cautelare, alla nomina provvede, d'ufficio, il giudice che procede."

<sup>59</sup> Articolo 80, comma 3, c.p.c.: "Al curatore speciale del minore il giudice può attribuire nel provvedimento di nomina, ovvero con provvedimento non impugnabile adottato nel corso del giudizio, specifici poteri di rappresentanza sostanziale. Il curatore speciale del minore procede al suo ascolto. Il minore che abbia compiuto quattordici anni, i genitori che esercitano la responsabilità genitoriale, il tutore o il pubblico ministero possono chiedere con istanza motivata al presidente del tribunale o al giudice che procede, che decide con decreto non impugnabile, la revoca del curatore per gravi inadempienze o perché mancano o sono venuti meno i presupposti per la sua nomina."

<sup>60</sup> Si noti come il nuovo testo utilizzi il verbo "provvede" senza alcun termine come "può" che riduce l'imperatività dell'espressione. Pertanto chi scrive ritiene che qualora il giudice non nomini il curatore nei casi elencati dalla norma, la parte possa proporre, con alte possibilità di accoglimento, appello in sede di gravame.

fine, nell'ottica di garantire il superiore interesse del minore, alle "guerre" fra genitori che si contendono i figli<sup>61</sup>.

Di particolare interesse per la presente trattazione è però il nuovo periodo inserito all'articolo 80, comma 3, c.p.c.. La Novella prevede infatti che il giudice possa attribuire al curatore, nel decreto di nomina non impugnabile davanti allo stesso togato, specifici poteri di rappresentanza sostanziale, di fatto eliminando il limite precedente che non prevedeva al giudice, terzo ed imparziale, la possibilità di prendere decisioni di carattere sostanziale che potessero riguardare il minore, quali, per esempio la scelta di una scuola rispetto ad un'altra<sup>62</sup>. Così facendo, in maniera assolutamente propositiva, si permette, a colui che realmente e concretamente segue in maniera quasi quotidiana il bambino, di dargli una voce. Viene così, ma sarà la prassi dei tribunali a deciderlo, attuato il *best interest of the child*, in quanto il curatore, attivamente, potrà, su impulso del giudice, attuare scelte di carattere sostanziale nei confronti del minore.

Inoltre pare che, dalla lettura della normativa circa la riformata figura del curatore, lo stesso venga effettivamente inteso, in maniera non esplicita dal legislatore, quale avvocato del minore. Si reputa quindi necessario riunire le stesse in una unica figura professionale specializzata idonea non solo a difendere in sede giudiziale l'interesse del minore ma anche ad ascoltarlo per le ragioni di rappresentanza sostanziale di cui esso ha bisogno<sup>63</sup>.

---

L'imperatività poi si rinvia anche al periodo successivo del novellato articolo 78 c.p.c. a mente del quale il decreto di nomina del curatore "deve" essere motivato. Anche in questo caso, la mancata motivazione può essere motivo di appello. Non risulta però chiaro dal dettato normativo se l'obbligo imposto al giudice di motivare il provvedimento riguardi soltanto l'ipotesi di cui all'articolo 78, comma 3, n.4, c.p.c., oppure tutti i casi disciplinati dal nuovo comma 3, in cui deve essere nominato un curatore.

<sup>61</sup> Si pensi al caso esaminato della Corte EDU nel quale i genitori, a vicenda, avevano chiesto la decadenza della responsabilità genitoriale dell'altro. La prassi nostrana, comunque, comprende molti casi simili. Fra tutti, si veda, GALLI, S., «Dalla considerazione dell'interesse del minore nelle prassi dei servizi e nelle indagini sociali, alla costruzione di uno spazio di lavoro con i cattivi genitori», *Minori & Giustizia*, 2011, p. 219 ss.

<sup>62</sup> Tribunale di Treviso, sentenza 26 aprile 2022. La recente sentenza del Tribunale di Treviso, affida, ancor prima dell'entrata in vigore della Novella L. 206/2021, poteri sostanziali al curatore che, di fatto, curerà anche gli interessi del minore in relazione alle attività quotidiane che questi dovrà svolgere.

<sup>63</sup> CECHELLO, C., *Diritto e processo nelle controversie familiari e minorili*, Zanichelli, Bologna, 2018, p. 44, secondo il quale le due figure vengono già riunite in una stessa

## 6. Conclusioni

Alla luce di quanto fin ora emerso, occorre rispondere al quesito inizialmente proposto ovvero se i giudici della Corte EDU erano legittimati o meno ad estromettere dal giudizio la madre A e nominare un avvocato per la minore B la quale, oltre ad essere la parte offesa, si trovava in una situazione di conflitto con la madre.

Si reputa quindi necessario analizzare le motivazioni, in diritto, che hanno portato la Corte alla decisione di nominare un curatore speciale per la piccola B. Le *Concurring opinions* dei giudici della Corte EDU sono tre: la prima redatta dal giudice Wojtyczek, la seconda dai giudici Koskelo, Eicke e Ilievski, la terza, *Dissenting opinion*, dai giudici Sicilianos, Turković e Pejchal. Nella propria riflessione, il giudice Wojtyczek ammette che questo caso è senza precedenti nel passato della Corte. Infatti non era mai capitato che uno dei due soggetti che aveva adito alla Corte si trovasse in conflitto d'interessi con l'altro. La situazione di A e B tuttavia deriva da un iniziale conflitto nato dai genitori A e C. I giudici stessi, quindi, non essendo prevista alcuna normativa, né nella Convenzione EDU né nelle Regole procedurali della corte stessa, hanno cercato di rimediare al contrasto tramite la richiesta di nomina alla *Croatian Bar Association* di un curatore speciale del minore affinché questi potesse intervenire negli interessi della piccola B<sup>64</sup>. Tuttavia, però, giudice Wojtyczek riconosce che il provvedimento di nominare un curatore per B sia stato preso con urgenza ma allo stesso tempo ammette, come questa azione ha portato la Corte ad esercitare un potere che non le appartiene e che, di conseguenza, dovrebbe essere applicato per ogni caso in cui vi sia un conflitto di interessi fra le parti.

Nella seconda *Concurring Opinion*, i giudici analizzano la questione su un piano prettamente processuale. Questi partono dall'assunto che la Corte giudica solo su quanto richiesto da una delle parti in armonia

---

persona anche se, però, manca la previsione legislativa. Cfr. Corte Cassazione, 19 maggio 2010, n. 12290, secondo cui "anche se nella prassi prevalente, a fini di semplificazione, si nomina un curatore, rappresentante del minore che, quale difensore, possa stare in giudizio senza ministero di un altro difensore ai sensi dell'art- 86 c.p.c.."

<sup>64</sup> Il giudice Wojtyczek riconosce a p. 4 delle proprie *Concurring Opinions* proprio che "There is a lacuna here which can be detrimental to the interests of the minors concerned", riconoscendo quindi il vuoto normativo europeo nel dirimere, in sede di ricorso innanzi alla Corte di Strasburgo, un conflitto di interessi fra le parti.



col principio del cosiddetto “chiesto e pronunciato” creando così la cosiddetta parità di armi fra le parti in causa. Non solo, secondo i giudici, la Corte giudica applicando il principio *jura novità curia* e non può giudicare su qualcosa che oltrepassa (*ultra petitum*) o è esterno (*extra petitum*) a quanto richiesto dalle parti. Qualora infatti la Corte agisse *motu proprio* si creerebbe una disparità fra le parti nel processo in violazione con gli articoli 38 della Convenzione EDU e dell’articolo 54 comma 2 delle Regole procedurali della Corte stessa in quanto uscirebbe dai limiti in cui può operare il giudice nonché contraddirebbe i limiti di appello alla Corte stessa ai sensi dell’articolo 35 comma 1 della Convenzione<sup>65</sup>.

La *Dissenting Opinion*, redatta dal presidente del Collegio Sicilianos, è concorde rispetto a quanto di quanto dichiarato dagli altri membri giudicanti. Tuttavia questi nota come, il potere di estromettere una parte dal procedimento rispetto ad un’altra, è disciplinata all’articolo 36 comma 4, lettera b, delle Regole procedurali della Corte che appunto consente all’organo giudicante di revocare il potere di rappresentanza di un soggetto nei confronti di una parte e di istruire il ricorrente affinché si cerchi una rappresentanza alternativa. Nel caso di specie, però questo passaggio non è avvenuto in quanto la Corte ha direttamente aggirato la norma nominando essa stessa, al posto della minore B, il nuovo rappresentante.

Apparentemente sembra che vi sia un vuoto normativo a carattere procedurale in materia. Tuttavia, l’articolo 9 della Convenzione di Strasburgo nonché l’articolo 12 della Convenzione di New York del 1989 prevedono chiaramente che l’Autorità Giudiziaria, *motu proprio*, possa nominare per il minore, i cui genitori siano privati del potere di rappresentanza, un curatore speciale o un avvocato che tuteli i diritti del bambino in sede processuale.

Inoltre, l’articolo 39 delle Regole procedurali della Corte, sancisce proprio la possibilità che il Presidente del Collegio possa, *motu proprio*, indicare alle parti le misure d’urgenza da adottare per la continuazione del procedimento. Anche in questo caso, sembra che manchi il riferimento alla possibilità per il Presidente di adottare “al posto della parte” la misura *ad interim* da lui ritenuta necessaria. Nel caso di specie,

---

<sup>65</sup> Trattasi della cosiddetta “regola dei sei mesi” per cui non più è possibile adire alla Corte una volta che siano trascorsi sei mesi dall’irrevocabilità della sentenza presso lo stato di appartenenza. Proprio a tale regola fa riferimento questa seconda *Opinion* che ritiene tardive le osservazioni proposte dal curatore speciale di B.

però, proprio perché la parte non è capace d'agire in quanto minore, quest'ultima non avrebbe mai potuto adempiere a quanto richiesto dalla Corte. Pertanto la legittimazione della Corte, anche se non scritta, si rinviene nel fatto che la parte offesa è un minore degli anni diciotto. Dunque, soltanto la Corte, e nessun altro soggetto, sarebbe stato legittimato ad adottare misure d'emergenza, nell'interesse della "parte più fragile" proprio perché quest'ultima non è capace d'agire e quindi è priva delle capacità di discernimento necessarie per la nomina di un proprio avvocato che la rappresenti in un futuro giudizio<sup>66</sup>. È sì vero che mancano regole procedurali idonee a disciplinare la situazione in cui il minore si trovi, in sede processuale, in conflitto con il genitore o la parte che lo rappresenta, ma è pur vero che gli stessi principi dell'Unione stessa riconoscono alla Corte questo potere.

Lo stesso dicasi, come abbiamo visto nei paragrafi precedenti, anche per quanto attiene all'esperienza giuridica italiana. In particolare, il riformato articolo 78 c.p.c. prevede l'obbligo del giudice di nominare un curatore speciale del minore ogniqualvolta il bambino si trovi privo di un soggetto idoneo a rappresentarlo in sede processuale. Il nuovo articolo 80 c.p.c., invece, attribuisce allo stesso anche poteri di carattere sostanziale, riunendo, indirettamente, la figura dell'avvocato del minore con quella del curatore speciale del minore. Negli anni a seguire sarà sempre più difficile, vedere, come già confermato dalla prassi dei tribunali, i due soggetti che svolgeranno distintamente le due funzioni<sup>67</sup>. Anzi, ora più di allora, servirà una figura che abbia sia una solida preparazione giuridica sia una forte empatia e compassione in grado di comprendere la volontà del minore sotto le sue cure. Al fine di attuare questa riunione quindi

---

<sup>66</sup> In proposito, l'articolo 105 delle Regole procedurali della Corte, consente al Presidente del Collegio di decidere, anche *motu proprio*, di offrire gratuito patrocinio al soggetto che si trova nell'impossibilità economica di poter pagare un avvocato. Concretamente quindi – come per quanto attiene alla disciplina italiana sulla corresponsione degli oneri del curatore e/o avvocato del minore – anche i minori che si trovano a ricorrere o a resistere in giudizio innanzi alla Corte EDU senza alcun genitore che eserciti i poteri di rappresentanza e senza essere produttori di reddito proprio, potrebbero beneficiare del gratuito patrocinio. Di fatto, quindi, indirettamente, viene legittimato sia da punto di vista sostanziale sia procedurale, la possibilità della Corte EDU di nominare, *motu proprio*, un avvocato o un curatore che possa difendere gli interessi di un minore privo di rappresentanza processuale.

<sup>67</sup> SPASARI, M. L., "Il lavoro riguarda la separazione, il divorzio, la crisi delle relazioni familiari e la tutela del minore con riferimento alla multidisciplinarietà e al ruolo dell'avvocato», *Revista AJI*, 2022, p. 1668 ss.

chi scrive ritiene che solo l'avvocato specializzato ai sensi dell'articolo 3, lettera m, D.M. 163/2020, nel settore "diritto della persona, delle relazioni familiari e dei minorenni" sarà colui che probabilmente potrà anche svolgere le funzioni curatore speciale del minore<sup>68</sup>. In tal modo, sarà l'elevata specializzazione dei professionisti del futuro, in un'ottica anche di attuazione dell'Agenda 2020-30, a consentire di non lasciare nessuno indietro tramite l'effettiva realizzazione concreta del *best interest of the child*, nei confronti dei bambini del domani.

## Bibliografia

### 1. LETTERATURA

BARBA, V., «L'ordine pubblico internazionale», *Rass. Dir. Civ.*, 2018, pp. 403-448.

BASINI, G. F., «I provvedimenti relativi alla prole», in Bonilini G., (a cura di), in *La separazione personale tra coniugi. Il divorzio. La rottura della convivenza more uxorio*, *Tratt. Dir. Fam.*, III, Torino, 2016, p. 3101-3160.

BIANCA, C. M., «La delega al governo per la revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione», *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, pp. 592 - 595.

BUGGETTI, M. N., *Nuovi strumenti di tutela dei soggetti deboli tra famiglia e società*, Ipsoa, Torino, 2008

CECHELLA, C., *Diritto e processo nelle controversie familiari e minorili*, Zanichelli, Bologna, 2018.

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea», Brussels, 2012, C 326/02, disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT>.

Consiglio Dell'ordine Degli Avvocati Di Pescara, Parere 18 marzo 2010, Pescara, 2010.

---

<sup>68</sup> Brindisi Report, Curatore speciale dei minori: sottoscritto protocollo presso il tribunale di Brindisi, 22 novembre 2022, disponibile su: <https://www.brindisireport.it/attualita/protocollo-curatore-speciale-minori-tribunale-brindisi.html> (visitato il 05. 01. 2023). La notizia del quotidiano locale riporta l'iniziativa promossa dall'Ordine degli Avvocati di Brindisi il quale stilerà un elenco degli avvocati idonei, visto il loro alto grado di specializzazione, a svolgere le funzioni di curatore del minore.

Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, Strasburgo, 1996, disponibile su: <https://www.coe.int/it/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=160>.

Easo, «EASO practical guide on the best interests of the child in asylum procedures», *EASO Practical Guides Series*, Brussels, 2019.

CORAPI, G., «La tutela dell'interesse superiore del minore», *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2017, pp. 777-799.

DANOVI, F., «Il difensore del minore tra principi generali e tecniche del giusto processo», *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2010, pp. 243-267.

DANOVI, F., «Il soggetto debole nelle relazioni familiari», in atti del convegno *La tutela del soggetto debole*, Intervento presso la Corte di Cassazione, Roma, 2018

DI LORENZO, N., «Il principio del superiore interesse del minore nel sistema di protezione del fanciullo all'interno delle relazioni familiari», in *Vecchie e nuove 'famiglie' nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, Atti del convegno di studi in Catania 2014.

DOSI, G., *L'avvocato del minore. Professione legale e relazioni familiari*, Giappichelli, Torino, 2015.

FALCH-ERIKSEN, A., BACKE-HANSEN, E., *Children Right to Protection under the CRC*, Brill, Oslo, 2018.

FOCARELLI, C., «La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di 'best interests of the child'», *Riv. dir. int.*, 2010, p. 981 ss.

GALLI, S., «Dalla considerazione dell'interesse del minore nelle prassi dei servizi e nelle indagini sociali, alla costruzione di uno spazio di lavoro con i cattivi genitori», *Minori & Giustizia*, 2011, pp. 219-224.

General Committee No. 14., «On the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (Art. 3, para. 1)», *CRC/C/GC/14*, New York, 2013.

GIOFFREDI, G., «Il Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite e la promozione e la tutela dei diritti dell'infanzia», *Eunomia. Rivista semestrale di Storia e Politica Internazionali*, 2019, pp. 123-154.

LUPOI, M. A., «Il rito unitario di famiglia», in Di Marco, G., (a cura di), *La riforma del processo civile commento alla L. 26 novembre 2021*, , Torino, 2022, pp. 195 - 219.

Office Of The United Nations High Commissioner For Human Rights, «Legislative History of the Convention on the Rights of the Child», UN, New York, 2007

POLISENO, B., *Profili di tutela del minore nel processo civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Bari, 2017.

QUERZOLA, L., *Il processo minorile in dimensione europea*, Bonomia University Press, Bologna, 2010.

QUERZOLA, L., «Minore e processo nelle riflessioni della Cassazione: Capacità processuale, difesa e ascolto alla luce delle fonti internazionali», in BIAVATI P. (a cura di), *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*, Bologna, 2012, pp. 371-391.

Records Of The Fifth Assembly, «Special Supplement No. 23», *League of Nations Official Journal*, New York, 1924.

ROMANA ARCIULI, F., «La figura del curatore speciale nei procedimenti civili minorili», *Fam e giust.it*, 2008, pp. 1-8.

RUO, M. R., «'The best interest of the child' nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo», *Minori & Giust.*, 2011, pp. 39-54.

RUO, M.; «La tutela dei figli e procedimenti relativi alla crisi della coppia genitoriale nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo», *Dir. fam. pers.*, 2011, p. 1011.

SPASARI, M. L., «Il lavoro riguarda la separazione, il divorzio, la crisi delle relazioni familiari e la tutela del minore con riferimento alla multidisciplinarietà e al ruolo dell'avvocato», *Revista AJI*, 2022, pp. 1652-1689.

STANZIONE, P., «Costituzione, diritto civile e soggetti deboli», *Fam. dir.*, 2009, pp. 305-314.

TOMMASEO, F., «La tutela dei minori nel quadro di un diritto in bilico fra riforme recenti e annunciate», *Fam. Dir.*, 2016, pp. 713-718.

TOMMASEO, F., «Per la giustizia "a misura del minore": la Cassazione ancora sull'ascolto del minore», *Fam. e dir.*, 2012, pp. 37-44.

Un, «Seminar on the Rights of the Child», Warsaw 6 to 9 August 1963, UN Doc. ST/TAO/HR/17.

Unione Nazionale Camere Minorili, «Linee Guida del curatore speciale/difensore del minore nei procedimenti di adattabilità e de potestate», 2012.

United Nations, «Convention on the Rights of the Child», UN, New York, UN Doc. A/41/85.13.

VAN BUEREN, G., *The International Law on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publisher, The Hague, 1998.

ZERMATTEN, J., *The Convention on The Rights of The Child from the perspective of the Child's best interest and Children's views*, Editions Saint Augustin, Sion, 2007.

## II. GIURISPRUDENZA

Corte Cost., 10 febbraio 1981, n.11

Corte Cost., 1 aprile 1992, n.148;

Corte Cost., 4 luglio 1996, n.303;

Corte Cost. 5 luglio 1999, n.283;

Corte Costituzionale del Sud Africa, 4 maggio 2000, *Christian Education South Africa c. Minister of Education*

Corte Cost., 16 gennaio 2002, n.1 in DeJure.it

Cass., 16 settembre 2002, n.13507 in DeJure.it.

Cass., 30 maggio 2003, n.8803 in DeJure.it;

Corte cost. 28 aprile 2006, n. 174 in DeJure.it.

Cass., 22 giugno 2006, n. 14447 in DeJure.it.

Cass., 30 maggio 2008, n.14481 in DeJure.it;

Cass., Sez. Un., 21 ottobre 2009, n.22238;

Cass., 17 febbraio 2010, n.3804 in DeJure.it;

Cass., 19 maggio 2010, n.12290 in DeJure.it;

Cass., 10 settembre 2010, n.19066 in DeJure.it;

Corte Cost., 23 febbraio 2012, n.31;

Corte Cost., 23 gennaio 2013, n.7

Cass., 11 dicembre 2013, n.27729 in DeJure.it;

Cass., 5 marzo 2014, n.5097 in DeJure.it;

Corte EDU, 28. 08. 2015, Y. c. Slovenia, no. 41107/10;

Corte EDU, 20. 06. 2019, A e B c. Croazia, no 7144/15;

Cass., 18 gennaio 2016, n.11782 in DeJure.it;

Cass., 02 febbraio 2016, n.1957 in DeJure.it

Cass., 2 febbraio 2016, n.1957 in DeJure.it;

Cass., 18 giugno 2016, n.11782 in DeJure.it

Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, 30 gennaio 2017, n.323

Cass., 28 marzo 2017, n. 7889 in DeJure.it:

Corte Cost., 18 dicembre 2017, n. 272

Cass., 13 marzo 2019, n. 7196 in DeJure.it;

Tribunale di Treviso, sentenza 26 aprile 2022.





# L'interesse del minore a vivere e crescere nella propria famiglia

*Ettore William Di Mauro*

**ABSTRACT:** Il diritto a crescere e a vivere in famiglia, con tutto ciò che questo comporta in chiave relazionale/affettiva per il minore, contribuisce a dare contenuto al c.d. *best interest of the child* e aiuta ad allineare la normativa italiana a quegli orizzonti segnati dall'art. 8 CEDU e dall'art. 3 della Convenzione ONU sui diritti riconoscendo l'importanza degli affetti per una crescita sana del minore in conformità del principio costituzionale del pieno e libero sviluppo della persona umana.

**RESUMEN:** El derecho a crecer y vivir en familia, con todo lo que ello conlleva en términos de relación/afecto del menor, contribuye a dar contenido al denominado interés superior del menor y ayuda a alinear la legislación italiana con aquellos horizontes marcados por el art. 8 CEDH y el art. 3 de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, reconociendo la importancia del afecto para el sano crecimiento del menor de acuerdo con el principio constitucional del pleno y libre desarrollo de la persona humana.

**SOMMARIO:** 1. L'interazione nell'ordinamento giuridico italiano della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e il *best interest of the child*. – 2. L'interesse del minore e la sua capacità di discernimento. La rilevanza della "dimensione relazionale". – 3. L'importanza di crescere nella propria famiglia. L'eccezionalità dello stato di abbandono. – 4. Il diritto a crescere in famiglia quale espressione del *best interest of the child* – 5. Il diritto a crescere e vivere nella propria famiglia è interesse essenziale ed esistenziale dell'essere umano. La rilevanza dei sentimenti anche in diritto.

## 1. L'interazione nell'ordinamento giuridico italiano della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e il *best interest of the child*

Lo sforzo culturale, che si è fatto in questi anni per realizzare l'interesse del minore, nell'ambito della depatrimonializzazione del diritto, è stato quello di porre al centro del sistema giuridico le scelte essenziali<sup>1</sup>.

L'art. 3 della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia del 1989 eleva il *best interest of the child* a principio generale di tutto il diritto minorile, senza però dare alcun parametro sul suo significato e contenuto.

La formula viene inserita anche nella Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo di Strasburgo del 1996 (artt. 1, 6 e 10) e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000 (art. 24, comma 2).

La Convenzione Europea sui diritti dell'uomo non contiene espresamente tale formula ma la Corte europea dei diritti dell'uomo l'ha rintracciata quale aspetto essenziale del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8, comma 1, Cedu).

L'accoglimento del principio all'interno delle Convenzioni europee e il recepimento della Convenzione ONU hanno permesso il suo "entrare in circolo" nell'ordinamento italiano, interagendo su diversi piani.

Tuttavia, una importante criticità è posta dalla Convenzione ONU perché, mentre le Convenzioni europee sono direttamente applicabili quelle extra europee pongono il problema se considerarle direttamente applicabili oppure bisognose di un'integrazione del loro contenuto da parte del legislatore italiano<sup>2</sup>.

In linea di massima, il principio generale inerente alle norme internazionali extraeuropee prevede che il rango delle medesime corrisponde al rango che detiene il provvedimento normativo di recepimento. Poiché la Convenzione ONU è stata recepita con una legge

---

<sup>1</sup> PERLINGIERI, P., «Diritto alla famiglia e minori senza famiglia», in ID., *La persona e i suoi diritti*, Napoli, E.S.I., 2005, p. 303.

<sup>2</sup> IOVANE, M., «The best interest of the child: il cammino dei diritti del minore a trent'anni dalla ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo. Una prospettiva giusprivatistica», *Dir. succ. fam.*, 2022, p. 445.

ordinaria, tutte le norme al suo interno avrebbero tale rango nella gerarchia delle fonti, con la conseguenza che una legge ordinaria successiva potrebbe abrogare quella precedente trascinando nel baratro anche quelle internazionali.

Tuttavia, la riforma costituzionale del 2001 ha modellato l'art. 117 cost. imponendo che il potere legislativo "deve svolgersi nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali". In questo modo è stata prevista la prevalenza degli obblighi internazionali e comunitari sulle norme interne incompatibili, indipendentemente dal rango della fonte interna che le ha recepite.

La Corte costituzionale con la sentenza n. 92 del 27 aprile 2018 ha confermato l'idoneità alle norme della Convenzione a fungere da parametro interposto tra la Costituzione e le leggi ordinarie. In altri termini, possono diventare parametro di costituzionalità delle leggi e dunque diviene possibile dichiarare illegittime le leggi ordinarie in contrasto con esse.

Tuttavia, il principio del *best interest of the child*, contenuto nella Convenzione ONU, proprio per la sua indeterminatezza, ha sollevato diverse critiche tanto da essere considerato una sorta di «araba fenice», un principio polivalente, suscettibile delle più disparate interpretazioni anche molto divergenti; insomma, una sorta di «scatola vuota» volta a garantire una base oggettiva a qualsiasi decisione che lo evochi<sup>3</sup>.

Occorre domandarsi se l'interesse del minore, che il giudice deve tenere in considerazione, sia "superiore", cioè prevalente a qualsiasi altro interesse, o soltanto il "migliore", cioè tra più possibilità la scelta che meglio garantisce il suo benessere psicofisico. A questo interrogativo se ne lega un altro,

---

<sup>3</sup> SCALISI, V., «Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto», *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 411; LENTI, L., «Note critiche in tema di interesse del minore», *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 86; LAMARQUE, E., *Prima i bambini. Il principio del best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, p. 64 ss.; FOCARELLI, C., «La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di "best interest of the child"», *Riv. dir. inter.*, 2010, p. 986 ss.; POCAR, V. e RONFANI, P., *La famiglia e il diritto*, Bari, 1998, p. 172 ss.

sul se, quando e in che misura tale interesse vada bilanciato con ulteriori e diversi interessi di pari rango<sup>4</sup>. La relazione familiare, ad esempio, non è un diritto solo del minore, ma anche dei genitori.

La confusione nasce innanzitutto da un problema linguistico.

La traduzione letterale accolta nella versione italiana risente del testo francese della Convenzione, in cui il *best interest of the child* viene tradotto come «superiore» interesse del minore, quasi a volere evocare la presenza di una gerarchia tirannica dei valori.

Il termine *best*, invece, non sembra introdurre alcuna gerarchia, ma solo indicare che l'interesse "migliore" del minore non ha valore assoluto, ma deve essere sempre bilanciato con gli altri interessi, anche contrapposti tra loro, che lo riguardano.

L'interesse del minore non è un valore "tiranno" poiché occorre sempre un continuo bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza alcuna pretesa di assolutezza per nessuno di essi<sup>5</sup>. Tutti i diritti fondamentali, tutelati dalla Costituzione, si trovano in rapporto di integrazione reciproca. Non è possibile, quindi, individuarne uno che goda di una prevalenza assoluta sugli altri<sup>6</sup>.

La tutela deve essere sempre sistemica, perché se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti nei confronti

<sup>4</sup> RUSSO, R., «Affidamento esclusivo e super esclusivo: l'interesse del minore richiede flessibilità», *Fam. dir.*, 2019, p. 891 ss.

<sup>5</sup> PERLINGIERI, G., «Garanzie "atipiche" e rapporti commerciali», *Riv. dir. impr.*, 2017, p. 46 precisa che "Il diritto è sempre contemperamento di interessi" e "trova senso nei criteri assiologici senza i quali ne perderebbe di determinazione". Sulla stessa linea SCALISI, V., *op. cit.*, p. 431 e PRISCO, I., «I rapporti di filiazione nelle unioni omosessuali. Uso e abuso del criterio del best interest del minore», *Foro nap.*, 2017, p. 691.

<sup>6</sup> Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85; SCARANO, L.A., «The best interest of the child nella giurisprudenza della Corte suprema di cassazione», in BIANCA M. (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, Sapienza Editrice, 2021, p. 110; V. SCALISI, *op. cit.*, p. 405, il quale ritiene che in questo modo si sia riconciliato il diritto con la vita; PERLINGIERI, P. e CHIAPPETTA, G. (a cura di), *Questioni di diritto delle famiglie e dei minori*, Napoli, 2017, p. 31 ss.; POCAR, V. e RONFANI P., *op. cit.*, p. 177; STANZIONE, P. e TROISI, B., *Principi generali del diritto civile*, Torino, 2011, p. 64 ss.; STANZIONE, P., *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, p. 299; RESCIGNO, P., *I minori tra famiglia e società* (1982), ora in ID., *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Torino, 2000, p. 303; RUSSO, R., *op. cit.*, p. 881 ss., chiarisce che l'interesse del minore va immaginato come una bilancia a due bracci: "da un lato il diritto alla relazione con la propria famiglia e in primo luogo con i genitori, dall'altro il diritto a vivere in un ambiente *sound* che ne favorisca la sana ed armoniosa crescita. Al centro, il suo diritto alla autodeterminazione, che per il minore in età di discernimento è diritto all'ascolto e al rispetto nei limiti del possibile, delle sue opinioni".

delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, l'espressione della dignità delle persone.

Anche la Corte di Giustizia ha statuito che il principio sotteso l'interesse del minore non può essere decisivo da solo, perché altrimenti diventerebbe tiranno nei confronti di altre situazioni giuridiche costituzionalmente garantite alla persona, pertanto pur se prevalente va sempre bilanciato con gli altri valori e principi di pari rango<sup>7</sup>.

Non basta, occorre un'altra precisazione terminologica.

Nella parte occidentale del mondo, nonostante apparenti segni di benessere rispetto ad altre realtà sociali non molto distanti, è possibile assistere a diverse contraddizioni che riguardano l'infanzia. In tutte le nostre città esistono bambini abbandonati non solo in comunità o istituti ma anche nelle loro stesse famiglie; esistono bambini abusati non solo sul piano fisico ma soprattutto su quello psicologico determinato dall'invisibile sempre presente trascuratezza; esistono bambini dimenticati ai quali è stata negata l'infanzia magari perché oberati da responsabilità troppo più grandi di loro; esistono bambini diversamente abili che nascono e crescono in famiglie spesso lasciate sole dalla comunità sociale.

Se si considera che il bambino di oggi sarà l'adulto di domani, garantire la protezione e la tutela effettiva dei diritti e degli interessi di coloro che si "affacciano alla vita"<sup>8</sup> dovrebbe costituire una priorità, quasi assoluta, su cui ciascuno non può sentirsi esonerato.

Eppure, solo a partire dagli anni Ottanta si è sviluppata, nella maggior parte dei Paesi europei, una cultura fondata sull'attenzione e sulla solidarietà verso la condizione dei minori. L'infanzia è un momento fondamentale nello sviluppo di ogni persona e ogni bambino costituisce un valore unico e irripetibile da rispettare e proteggere senza considerarlo alla stregua di un "adulto in miniatura", ossia una persona che può essere plasmata a discrezione e secondo gli interessi degli adulti.

Da questo punto di vista il termine *interesse* del minore non può limitarsi al significato solitamente attribuito alla categoria di posizioni

---

<sup>7</sup> Corte cost., 11 febbraio 2015, n. 10; Cass., 30 settembre 2016, n. 19599.

<sup>8</sup> Formula adottata da RIONDINO, M., «Il primato giuridico e morale del concetto di interesse del minore», in *Academia.edu*, Pontificia Università Lateranense, Roma, p. 2.

giuridiche di rango inferiori quanto in situazioni giuridiche di rango superiore di cui il minore diviene titolare.

Va quindi riconosciuto nei diritti universalmente riconosciuti all'uomo in quanto tale che calati sul minore prendono la forma di libertà, salute, istruzione, formazione, educazione, sviluppo e realizzazione della propria personalità nel pieno rispetto della sua dignità.

Pertanto, cambia anche la percezione del cd. diritto dei minori, da complesso di regole che disciplina il comportamento che gli adulti devono avere verso i minori a "diritto complesso", fondato sui reali bisogni e sulle concrete esigenze di una personalità in evoluzione, avente per oggetto l'identificazione degli strumenti, non solo giuridici, necessari per conseguire una vera e propria libertà<sup>9</sup>.

## 2. L'interesse del minore e la sua capacità di discernimento. La rilevanza della "dimensione relazionale"

Il graduale cambiamento della sensibilità sociale, come il costante mutamento dei modelli familiari di riferimento hanno determinato sul diritto di famiglia nuovi equilibri tesi a rinforzare la clausola generale del *best interest*.

Dalla pluralità degli *status filiationis* si è passati, tra il 2012 e il 2013, allo stato unico di figlio, dall'unicità del modello familiare fondato sul matrimonio si è passati alla pluralità dei vincoli familiari comunque giuridicamente rilevanti, coniugali e paraconiugali<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Sulla libertà di scegliere come condizione necessaria allo sviluppo della personalità si v. SESSAREGO, C.F., «Il "danno alla libertà fenomenica", o "danno al progetto di vita", nello scenario giuridico contemporaneo», *Resp. civ.*, trad. a cura di M. Faccioli, 2008, p. 491; ID., «Il risarcimento del danno al progetto di vita», *ivi*, trad. a cura di R. Omodei Salè, 2009, p. 870 ss.; BARBA, V., «La teoria tridimensionale del diritto. La persona e il suo progetto di vita», in SESSAREGO, C.F. *Il diritto come libertà. Abbozzo per una determinazione ontologica del diritto*, a cura di V. Barba, Macerata, 2022, p. 7 ss., PERLINGIERI, P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 182; ID., «La personalità umana nell'ordinamento giuridico», in ID., *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005, p. 22.

<sup>10</sup> DI LANDRO, A.C., «Best interest of the child e tutela dei minori nel dialogo tra legislazione e giurisprudenza», *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 451; BARBA, V., «Trasformazioni della famiglia e successioni mortis causa», *Riv. dir. priv.*, 2017, p. 513; ID., «La tutela della famiglia tra persone formate dello stesso sesso», *GenIUS*, 2018, p.

Nel recepire tali istanze un ruolo significativo è stato assunto dal diritto convenzionale ed europeo che hanno riconosciuto una posizione *preminente* all'interesse del minore nei rapporti che lo riguardano.

Oltre all'art. 3, Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 1989 anche l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha precisato che "in tutti gli atti relativi ai bambini, compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente".

*Preminente* non vuol dire assoluto, ma solo attribuire al minore la "giusta" importanza in tutti i rapporti che lo riguardano, bilanciando il suo interesse con tutti gli altri ad esso affini in modo da individuare la soluzione migliore che sia ragionevole e proporzionata, conforme ai principi e ai valori del nostro ordinamento costituzionale.

Tale evoluzione che appare tra il "non più" e il "non ancora" ha compiuto notevoli passi avanti.

È sufficiente richiamare la nota riforma della filiazione avvenuta tra il 2012 e il 2013.

Al di là del riconoscimento di uguali diritti di ogni figlio e della crescente rilevanza delle relazioni familiari nell'ambito delle quali si svolge la sua personalità, tale riforma considera la condizione di figlio come "valore autonomo", indipendentemente dall'esistenza del vincolo tra i genitori.

La genitorialità, così importante per il figlio, non è solo determinata da un vincolo biologico, ma è anche mediata dalla responsabilità.

Il passaggio dalla potestà genitoriale alla responsabilità è volto a valorizzare l'attitudine a "prendere su di sé" gli effetti (non solo giuridici) dell'instaurarsi della relazione con la prole<sup>11</sup> in funzione del suo migliore interesse.

---

126 ss.; ID., «Famílias recompuestas y Derecho de sucesiones: Una posible propuesta de regulación», *Rev. der. civ.*, 2022, p. 157 ss.; ID., «Apellido familiar, apellido de los hijos e igualdad de género en el derecho italiano. hacia la superación del modelo familiar patriarcal», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, p. 886 ss.; PORCELLI, M., «La famiglia al plurale», *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 1241; PARADISO, M., «Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è», *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1306.

<sup>11</sup> DI LANDRO, A.C., *op. cit.* p. 455.

La Corte Edu, inoltre, ha evidenziato l'importanza di tali legami per lo sviluppo della personalità del figlio includendoli di fatto nella nozione di "vita familiare" contenuta all'art. 8 della Convenzione Edu<sup>12</sup>.

Il riconoscimento dello *status filiationis* verso entrambi quelle persone con cui si è creato un rapporto di "genitorialità" indipendentemente dall'apporto genetico o dall'orientamento sessuale ha evidenziato l'importanza fondamentale della continuità delle relazioni affettive per la crescita di un bambino.

Per questa ragione l'ordinamento giuridico non solo ha ritenuto fondamentale "garantire" la responsabilità di entrambi i genitori ai figli, ma ha determinato un'altrettanta importanza al mantenimento dei rapporti con tutti quei parenti con i quali il bambino sia particolarmente legato, ad esempio i nonni.

In un simile contesto, l'interesse del minore non può trovare un significato univoco *a priori* e una volta per tutte. Ma va sempre calato nel caso concreto e riempito di contenuto di volta in volta, a prescindere da qualsiasi aggettivo che lo qualifichi, partendo dal presupposto che il "migliore interesse del minore" non è solo godere di una assistenza materiale economica, ma soprattutto di una assistenza morale, ossia vivere l'amore dei genitori.

---

<sup>12</sup> Corte Edu, 26 giugno 2014, n. 65192/11, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 11122, con nota di CAMPIGLIO, C. «Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)», secondo cui «Il rifiuto, da parte delle autorità nazionali (francesi), di trascrivere l'atto di nascita straniero che indica come genitori i committenti della maternità, non costituisce violazione del diritto al rispetto della vita familiare degli interessati tutelato dall'art. 8 Conv. eur. dir. uomo, nella misura in cui non impedisce loro di godere de facto di una normale vita familiare» e infatti, secondo la Corte, «Il mancato riconoscimento dello status di genitori dei committenti costituisce violazione dell'art. 8 Conv. eur. dir. uomo, poiché rappresenta un'ingerenza sproporzionata nel diritto al rispetto della vita privata dei figli, la cui identità personale può svilupparsi al meglio solo se il legame con i propri genitori è accertato de iure»; Corte edu, 24 gennaio 2017, n. 25358/12, in *Giur. it.*, 2018, p. 835 ss., con nota di ROMEO, F., «Surrogazione di maternità all'estero e ordine pubblico internazionale». Sul tema si v., in particolare, BARBA, V., «Gestación por sustitución y orden publico internacional en el ordenamiento jurídico italiano», *Rev. der. civ.*, 2020, pp. 69-101; ID., «Las técnicas de procreación humana asistida, la responsabilidad de los padres y el interés del menor entre ley y jurisprudencia italiana», *Actualidad Civil*, 2022, pp. 1-27; ID., «Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass., Sez. Un., 12193/2019», *GenIUS*, 2019, pp. 19-37.



L'interesse del minore inizia a prendere contenuto, nella consapevolezza che esso trova fondamento nell'esigenza solidaristica di pieno sviluppo della persona umana contenuta negli artt. 2 e 3 cost.

In questo senso sono le stesse norme costituzionali ad imporre la ricerca della soluzione ottimale in concreto per tutelare l'interesse del minore, quella cioè che più di tutte garantisca la "migliore cura della persona".

Il diritto non può imporre i sentimenti ma di certo, se si ammette la solidarietà costituzionale fra cittadini (art. 2 cost.), non può non includersi anche quella familiare (art. 29 cost.), intesa quale solidarietà di affetti e sentimenti<sup>13</sup>.

In questi termini è possibile fare rientrare nel *best interest of the child* l'interesse del minore a vivere e crescere nella propria famiglia di origine, sociale o biologica, con la quale ha un legame affettivo solido, espressione di una situazione esistenziale giuridicamente rilevante e, pertanto, da tutelare.

Il minore diventa titolare di uno *status personae*, dal quale consegue che il suo interesse non si realizza solo a partire dalla sua identità, ma da quello che il minore è attualmente, tenendo conto delle sue potenzialità, attitudini, emozioni, affetti che lo rendono persona e che nella propria famiglia può trovare agevole sviluppo.

L'interesse del minore diventa unico "centro di gravità" intorno al quale fare ruotare il perseguimento a realizzare il diritto del minore a crescere in famiglia.

In altri termini, la direttiva da seguire è nel tentare di garantire ai figli, nonostante la rottura della compagine familiare, in conformità, per quanto possibile, con il proprio interesse, l'effettivo sostegno personale, oltre che economico, di ambedue i genitori: questo incarna la vera essenza della bigenitorialità che mira al superamento della conflittualità di una comunità parentale per sopravvivere al fallimento di quella coniugale (o paraconiugale) tra i genitori.

Se si sceglie di porre al centro del sistema il personalismo costituzionale, presi come referenti gli artt. 2 e 3 cost., diventa possibile superare il limite della capacità d'agire *ex art. 2 c.c.* e riconoscere al minore

---

<sup>13</sup> PERLINGIERI, P., *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005, p. 3 ss., spec., 367 ss.; BIANCA, C.M., «L'interesse del minore alla propria famiglia: un interesse ancora in attesa di piena tutela», in BIANCA, M., (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, 2021, p. 256.

il potere di “autodeterminazione” in ordine ai propri interessi personali. Il criterio da seguire, quindi, non è solo anagrafico ma diventa la capacità di discernimento, ossia valutare la presenza di una maturità tale da permettere al minore di sapere distinguere ciò che è conforme da ciò che non è conforme al proprio interesse<sup>14</sup>.

In effetti, nel momento in cui nell’individuo prende forma la sua identità l’esercizio dei diritti personali non può che spettare soltanto a lui.

Ne deriva che le disposizioni normative che riconoscono al minore margine decisionale (ad esempio il matrimonio, il riconoscimento del figlio, l’interruzione volontaria di gravidanza) non andranno guardate in termini di eccezione alla capacità d’agire quanto, invece, espressive del principio generale di cui all’art. 2 cost., che riconosce i diritti inviolabili all’uomo solo in quanto tale senza alcuna distinzione. Tutto ciò è confermato dal successivo art. 3 cost., laddove impegna la Repubblica, ossia l’intera collettività, a rimuovere gli ostacoli economici e sociali che impediscano il pieno sviluppo della persona umana. Anche in questo caso il discrimine della maggiore età non è preso in considerazione se si guarda al valore più alto del “pieno” sviluppo della persona, ossia della sua personalità che implica quel “dinamismo relazionale”<sup>15</sup> necessario e indispensabile per realizzare gli interessi individuali e portare a compimento il proprio “progetto di vita”<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> SENIGAGLIA, R., «The best interest of the child *tra persona e contratto*», *Dir. succ. fam.*, 2019, p. 804; STANZIONE, P., *op. cit.*, p. 299;

<sup>15</sup> SENIGAGLIA, R., *op. cit.*, p. 805.

<sup>16</sup> Si v. SESSAREGO, C.F., *Il diritto come libertà. Abbozzo per una determinazione ontologica del diritto*, trad. it. a cura di V. Barba, Macerata, 2022, p. 33 ss; BARBA, V., «La teoria tridimensionale del diritto», *cit.*, p. 23, alla nota 16, riporta tutti gli studi di Sessarego in cui si è dedicato al tema del danno al progetto di vita, che si ritiene opportuno riportare per evidenziare la complessità della materia: SESSAREGO, C.F., «El daño a la persona en el Código civil peruano», in BARANDIARÁN, J.L., *Libro Homenaje a José León Barandiarán*, Lima, 1985, p. 163 ss., e in SESSAREGO, C.F., *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Lima, 1990, p. 261 ss.; ID., «El daño a la persona en el Código civil peruano de 1984 y en el Código civil italiano de 1942», in AA.VV., *El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, Lima, 1986, p. 251 ss.; ID., «Il danno alla salute nel Codice Civile peruviano», in BASSI LUCIANI, A., e POLETTI, D., (a cura di), *Giornate di studio sul danno alla salute*, Padova, 1990, p. 363 ss.; ID., *Protección jurídica de la persona*, IV, Lima, 1990, p. 151 ss.; ID., «Hacia una nueva sistematización del daño a la persona», *Cuad. der.*, 3, 1993, p. 28 ss., e in AA.VV., *Ponencias Primer Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial*, Lima, 1994, p. 23 ss.; ID., «Protección de la persona», in AA.VV., *Protección de la persona humana*, Buenos Aires, 1993, p. 21 ss.; ID., «Apuntes para una distinción entre el daño al proyecto de vida y el daño psíquico»,

Se così è, al minore, che ha raggiunto la consapevolezza dell'autoaffermazione della propria identità personale, deve essere riconosciuta la possibilità di attuare i propri diritti seppure attraverso il tramite del genitore.

Quindi, ad esempio, nel caso di assenso o rifiuto di un trattamento sanitario, non può non tenersi in debita considerazione, per quanto possibile, le decisioni espresse dal minore trasformando la funzione del genitore da sostitutiva ad assistenziale, nel senso di cura della libertà personale del proprio figlio<sup>17</sup>.

Scegliere di considerare il minore nella sua "dimensione relazionale" proietta il soggetto verso quei diritti, presidiati da una trama valoriale, le cui coordinate possono rinvenirsi nel diritto del minore, capace di discernimento, di esprimere e di ascoltare la propria opinione sulle questioni che lo riguardano, tenendo conto del grado di maturazione del medesimo.

Tale impostazione richiede un profondo cambio di prospettiva ricostruttiva delle vicende giuridiche del minore, non più da quella dell'adulto ma da quella propria del minore, in altri termini da quella del *best interest of the child*.

Per questa ragione si condivide la tesi di chi ritiene che il migliore interesse del minore non può giustapporsi, a volta andando anche in

---

*Themis*, 1996, p. 161 ss., e in AA.VV., *Los derechos del hombre. Daños y protección a la persona*, Mendoza, 1997; ID., «Daño a la identidad personal», in AA.VV., *La persona y el derecho en el fin de siglo*, Santa Fe, 1996, p. 89 ss., e *Themis*, 1997, p. 245 ss.; ID., «¿Existe un daño al proyecto de vida?», *Studi in onore di Guido Gerin*, Padova, 1996, p. 407 ss.; ID., «Precisiones preliminares sobre el daño a la persona», *Themis*, 1996, p. 177 ss.; ID., «Reparación del daño a la persona», in Aa.Vv., *Daños a la persona*, Montevideo, 1996, p. 337; ID., «Daño al proyecto de vida», *Rev. fac. der.*, 1998, 50, p. 47 ss.; ID., «Daño psíquico», *Scribas*, Arequipa, 1998, p. 111 ss.; ID., «El daño al proyecto de vida en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Themis*, 1999, p. 453 ss.; ID., «El daño al proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», in Cabanillas Sánchez, A., (a cura di), *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, 2003, p. 561 ss.; ID., «Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño al proyecto de vida" y "daño moral"», *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, IV, Milano, 2006, p. 703 ss.; ID., «El daño al "proyecto de vida" en la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas», *Rev. jur. Peru*, 2009, p. 239 ss.; ID., «Trascendencia y reparación del "daño al proyecto de vida" en el umbral del siglo XXI», in AA.VV., *La responsabilidad civil*, III, Lima, 2010, p. 215.

<sup>17</sup> SENIGAGLIA, R., «Consenso libero e informato del minore tra capacità e identità», *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 1318.

conflitto, con l'ordine pubblico internazionale<sup>18</sup>, da intendersi quest'ultimo quale concetto di diritto interno, poiché il primo è clausola generale che, proprio in quanto tale, concorre a determinare l'ordine pubblico internazionale. Pertanto, il *best interest* non può essere posto in bilanciamento con l'ordine pubblico internazionale, poiché concorre a costituirne il significato. Diversamente sarebbe un corto circuito del sistema.

Se così è, allora il *best interest* caratterizza e riempie di significato ogni situazione giuridica legata al minore e trasforma l'art. 2 c.c., non una disposizione attributiva di maturità attraverso il dato anagrafico, ma il riconoscimento al soggetto di acquisire, in quel momento, una maturità piena del potere di autodeterminarsi nel compiere tutti gli atti, maturità in continua evoluzione, attraverso quella autonomia progressiva che caratterizza il minore durante la propria crescita.

Rimane il problema di come dare contenuto alla clausola del *best interest*, ma a ben guardare la riforma della filiazione avvenuta tra il 2012 e il 2013 ha provato a dare qualche risposta.

L'inserimento nel nostro codice civile dell'art. 315 *-bis*, collegato alla responsabilità genitoriale, ha avuto una "portata sistematica e sistematica"<sup>19</sup>.

Il riconoscimento del figlio, che abbia compiuto dodici anni o meno purché capace di discernimento, del diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e procedure che lo riguardano. In questo senso l'ascoltare il minore diventa il modo principale per fare valere i propri interessi

---

<sup>18</sup> BARBA, V., «L'ordine pubblico internazionale», *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 420 ss.; PERLINGIERI, G. e ZARRA, G., *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 144 s.; MANETTI, M., «L'ordine pubblico internazionale e la Costituzione. Prime note», *BioLaw Journal*, 2021, p. 93 ss.; MONTANARI, A., «Ordine pubblico, diritto privato e vocazione internazionale», *Eur. dir. priv.*, 2022, p. 133 ss.; BIGI, A., «L'ordine pubblico internazionale davanti alla Cassazione», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, p. 561 ss.; CALDERAI, V., «Ordine pubblico internazionale e "Drittwirkung" dei diritti dell'infanzia», *Riv. dir. civ.*, 2022, p. 478 ss.; CAMPIGLIO, C., «Della tirannia del best interest of the child. Nuove forme di genitorialità e ordine pubblico internazionale», *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 1415 ss.; ARMONE, G., «L'ordine pubblico internazionale tra identità e condivisione», *Questione Giustizia*, 2019, p. 181 ss.; LONGO, A., «Ordine pubblico internazionale e lotta per la Costituzione. Spunti problematici alla luce di alcuni recenti approdi giurisprudenziali», *Diritto e società*, 2017, p. 419 ss.

<sup>19</sup> SENIGAGLIA, R., «Consenso libero e informato del minorenne tra capacità e identità», *cit.*, p. 807.

nei diversi percorsi valutativi che lo riguardano e si estende a tutte le situazioni, patrimoniali e no.

E allora ne consegue che il *best interest* non può limitarsi solo nel garantire la sussistenza economica e alimentare, quanto racchiudere in esso tutti gli aspetti della vita di un minore che, attraverso le esperienze, lo rendono unico. La formazione e l'educazione del minore sono fondamentali anche per la società, perché permettere di sviluppare in modo pieno la sua personalità oggi, significa avere degli adulti domani maturi e responsabili nell'affrontare le "questioni dei grandi".

In questo contesto diventa fondamentale la famiglia del minore, ossia quella formazione sociale, deputata al pieno e libero sviluppo della persona umana. La formazione educativa della famiglia attribuisce al minore gli strumenti per acquisire pian piano pienezza di discernimento nelle scelte che lo riguardano.

### **3. L'importanza di crescere nella propria famiglia. L'eccezionalità dello stato di abbandono**

*Ohana*, termine reso celebre da un noto film Disney, ad una prima lettura significa, nella lingua hawaiana, "famiglia", intesa come "nessuno viene abbandonato, o dimenticato". Il termine deriva dal bulbo di una pianta (taro) e si collega al concetto di "origine", ossia che i membri dell'*ohana*, come i virgulti della medesima pianta, hanno tutti la stessa radice e quindi sono legati non solo da un senso di partecipazione condivisa, quanto di vera e propria responsabilità reciproca, di interconnessione e disponibilità, di condivisione e cura, di amore e lealtà<sup>20</sup>.

In altri termini la famiglia, intesa come quella formazione sociale e quel luogo in cui il legame costruito tra i genitori e i figli, costituisce

---

<sup>20</sup> CROSETTA C., e TURCO, C., «Il diritto del minore di crescere in famiglia e l'esperienza dell'affido familiare», *IUSVEducation*, 2015, p. 139 alla nota 1 rinviano sul significato di Ohana nella cultura e società hawaiana a KAPUA LINDO C., *The Spirit fo Ohana and the Polynesian Voyagers*, in KUAPA LINDO C. e ALPERT MOWER (a cura di), «Polynesian Seafaring Heritage», Honolulu, in [www.pvs.kcc.hawaii.edu/ike/moo-lelo/ohana.html](http://www.pvs.kcc.hawaii.edu/ike/moo-lelo/ohana.html).

“la base per la costruzione dell’identità, lo sviluppo delle capacità, la crescita della personalità di ogni figlio che la abita e la vive”<sup>21</sup>.

Il diritto del minore a crescere nella propria famiglia sintetizza questo percorso di vita e riconosce l’importanza del contesto familiare nella crescita della persona e in particolare nel suo “pieno e libero sviluppo” costituzionalmente garantito.

La riforma del 2012 e del 2013, come si è visto, ha confermato questa tendenza inserendo l’art. 315 - *bis* nel Codice civile, seppure fosse già previsto nella legge su affidamenti e adozioni del 1983. L’art. 1 della legge citata, infatti, contiene due commi che sono tra loro integranti e connessi.

Il comma 1 prevede infatti che “il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell’ambito della propria famiglia” e al comma 5 precisa che, nell’ipotesi estrema in cui la famiglia “di origine” non sia in grado di provvedere alla crescita ed educazione del minore, il minore è allontanato dalla famiglia e collocato in un’altra, perché rimane perfettamente integrato, quale diritto inviolabile della persona, il “vivere, crescere ed essere educato nell’ambito di una famiglia”, senza distinzione alcuna di sesso, etnia, età, lingua, religione, nel pieno rispetto della identità culturale del minore e comunque non in contrasto con i principi fondamentali dell’ordinamento.

Rimane quindi importante sottolineare il passaggio della norma nel diritto a crescere nella *propria* famiglia (comma 1) e in *una* famiglia. La linea di principio da seguire è che il minore, innanzitutto, ha il diritto di rimanere e crescere nel proprio contesto familiare di origine, nel quale dovrebbe trovare tutte quelle risorse sufficienti e necessarie per garantirgli una esistenza libera e dignitosa. Solo in via eccezionale, per evitare il riconoscimento dello stato di abbandono, che va limitato il più possibile, allora verrà allontanato, provvisoriamente o definitivamente, e affidato ad un’altra famiglia con maggiori risorse.

Con la precisazione che con il termine famiglia non va inteso solo quella “nucleare”, composta dai soli genitori e figli, ma in senso ampio, per l’appunto nel senso di *ohana*, includendovi tutti i legami di parentela che risultano significativi per l’aiuto della famiglia di origine. Struttura parentale che sostiene, aiuta e rinforza l’apporto fondamentale dei genitori, tanto che l’art. 315 -*bis* c.c. prevede che non solo i minori hanno diritto a vivere nella propria famiglia ma anche di

---

<sup>21</sup> CROCETTA, C., e TURCO, C., *op. cit.*, p. 139, nota 1.

mantenere rapporti *significativi* con i parenti permettendo, di conseguenza, all'art. 317 -bis c.c., in riferimento agli ascendenti, il diritto di quest'ultimi a mantenere rapporti con in nipoti anche attraverso l'esercizio di un'azione legale a tutela.

Questo atteggiamento della norma conferma quello sforzo culturale che si sta compiendo in questi anni verso la realizzazione dell'interesse del minore, volto a porre al centro e valorizzare le scelte esistenziali e non solo quelle patrimoniali del minore, poiché l'interesse al pieno e libero sviluppo del minore, in quanto persona umana, avviene nel rispetto della sua dignità solo se si prendono in considerazione non solo i rapporti economici, seppure importanti, quanto quelli personali esistenziali perché legati a quella affettività e amore che caratterizza la crescita di ogni persona<sup>22</sup>.

La solidarietà familiare di cui agli artt. 29 ss. cost., non è solo di tipo patrimoniale, quanto di affetti e sentimenti. Solo quando manca la corresponsione di affetti e sentimenti tra genitori e figli si può dire che il minore sia davvero in "stato di abbandono".

Del resto, la famiglia, fondata sul sentimento reciproco di due persone, trova i suoi elementi caratterizzanti in un rapporto umano che, nella condivisione del vivere insieme per crescere insieme, conduce alla sua essenza indicata quale "comunione di vita spirituale e materiale"<sup>23</sup>.

Tale formula contiene quella "solidarietà familiare" descritta dagli artt. 29 ss. cost e fondata sui principi di uguaglianza morale e giuridica tra i coniugi e reciproco rispetto delle libertà individuali e delle esigenze esistenziali dei suoi membri con pari dignità. In questo senso la famiglia diviene parte integrante dell'ordinamento che non si limita solo a riconoscerla ma la assorbe al proprio interno, quale formazione sociale tesa alla realizzazione della personalità di ciascuno dei suoi membri<sup>24</sup>.

Così la famiglia diventa valore "indiscutibile" di un ordinamento che pone al centro il pieno e libero sviluppo delle persone, rientrando in quei diritti inviolabili dell'uomo sanciti solennemente all'art. 2 cost.

---

<sup>22</sup> PERLINGIERI P., «Diritto alla famiglia e minori senza famiglia», cit., p. 305.

<sup>23</sup> RUSCELLO F., «Diritto alla famiglia e minori senza famiglia», *Fam. dir.*, 2003, p. 191 ss.

<sup>24</sup> RUSCELLO F., *op. cit.*, p. 191 ss.

L'interesse del minore diventa imprescindibile in ogni azione e provvedimento che lo riguardi in ogni fase e circostanza del rapporto familiare. Se così è, anche la funzione dell'adozione non sarà quella di fornire al medesimo condizioni di vita migliore, quanto quella di scongiurare il rischio di abbandono, non solo materiale ma soprattutto morale. Ne consegue che va escluso qualsiasi paragone tra il progetto di vita offerto dalla famiglia di origine e quello della eventuale famiglia affidataria. Lo stato di adottabilità rimane eccezione rispetto all'esigenza primaria del minore di crescere e realizzarsi nella famiglia di sangue e l'ordinamento dovrebbe intervenire solo quando la vita offerta dai genitori di sangue diventa talmente inadeguata da imporre la cesura del legame familiare allo scopo di evitare danni maggiori<sup>25</sup>.

Nell'ottica della più ampia prospettiva dell'interesse del minore, intesa quale clausola generale da adattare alle esigenze concrete del singolo caso, l'art. 1 l. adoz. riconosce il diritto al minore "di crescere e di essere educato nell'ambito della propria famiglia" e, solo quando questa famiglia non sia in grado di provvedere alla crescita e all'educazione del minore, sarà possibile procedere con i rimedi normativamente previsti.

La famiglia diventa un valore di cui è intriso l'intero ordinamento nella sua complessità ma non rimane fine a sé stessa, perché ne

---

<sup>25</sup> Cass., 8 febbraio 1989, n. 793, in *Dir. fam. pers.*, 1989, p. 519 ss., con nota di G. MANERA, *L'adozione quale estremo, eccezionale rimedio a gravissime situazioni di totale carenza di cure genitoriali: un nuovo concetto di abbandono?*; Cass., 11 novembre 1996, n. 9861, in *Mass. Giur. it.*, 1996; Cass., 21 settembre 2000, n. 12491, in *Mass. Giur. it.*, 2000, ritiene che "L'adozione è prevista dal legislatore come estremo rimedio ad una irreparabile situazione di abbandono del minore, e non già come mezzo per ovviare a carenze genitoriali o per procurare al minore condizioni di vita migliori di quelle che la famiglia di origine è in grado di offrirgli. Ne consegue che l'evoluzione in positivo del carattere della madre tossicodipendente, che abbia manifestato la seria volontà di riavere con sé il figlio, affidandosi anche al sostegno del consultorio, nonché la presenza dei nonni materni, quali figure coinvolte nel vissuto del bambino e idonee a garantirgli un ambiente sereno ed equilibrato per la sua crescita, escludono la configurabilità di uno stato di abbandono del minore e la conseguente dichiarazione di adottabilità"; Cass., 16 novembre 1987, n. 8377, in *Mass. Giur. civ.*, 1987, p. 2335; Cass., 20 novembre 1989, n. 4956, in *Giust. civ.*, 1990, p. 678 ss.; Cass. 13 febbraio 2001, n. 2010; Cass., 22 marzo 2001, n. 4079. Per la dottrina si v. BONILINI, G., *Nozioni di diritto di famiglia*, Torino, 2002, p. 188 ss.; AULETTA, T., *Il diritto di famiglia*, Torino, 2002, p. 272; BESSONE M., ALPA, G., D'ANGELO, A., FERRANDO, G., e SPALLAROSSA M.R., *La famiglia nel nuovo diritto*, Bologna, 1995, p. 334 ss.



perderebbe di rilevanza. L'art. 1 l. adoz. sembra suggerire di sottoporre anche la famiglia al giudizio di meritevolezza<sup>26</sup>.

Giudizio che va letto in funzione di quei principi che caratterizzano tutti i rapporti civili e nei quali, in quanto formazioni sociali, rientra anche la famiglia.

Lo stato di abbandono varia in base alle esigenze concrete così la giurisprudenza ha statuito che uno stato di abbandono, e quindi di adottabilità, avvenga non solo quando il minore sia ricoverato presso istituti di assistenza o case-famiglia, quanto anche nell'ipotesi in cui il minore sia ricoverato in prestigiosi collegi e di fatto lasciato privo dell'assistenza morale e materiale dei genitori che si limitano solo a pagare la retta<sup>27</sup>.

Infatti, la Cassazione ha statuito che non versano in stato di abbandono, quindi adottabili, i minori che, nonostante siano stati ricoverati in istituti, non per volontà dei genitori che delegano ad altri la responsabilità della cura e dell'educazione dei propri figli, ma solamente dalla situazione economico-sociale che impedisce di offrire al minore un ambiente familiare "idoneo", e che nonostante ciò ricevono costantemente visite, manifestazioni di affetto e comportamenti tali dai propri genitori di sangue da rimediare, almeno in parte, al distacco materiale<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> PERLINGIERI, P., «Sui rapporti personali nella famiglia», in ID. (a cura di), *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, p. 19 ss., ritiene che la famiglia sia valore costituzionalmente garantito "condizionatamente alla sua conformità e comunque alla sua non contrarietà ai valori caratterizzanti i rapporti civili e il rispetto della dignità umana". Il principio di democraticità trova espressione nella famiglia sia nei confronti della pari uguaglianza tra i coniugi sia nei confronti della pari dignità dei figli. L'inadempimento dei doveri gravanti sui componenti della famiglia costituisce "una violazione di impegni di lealtà assunti nei confronti dell'ordinamento familiare e nel contempo nell'ordinamento statale che lo fa proprio quale strumento di pieno sviluppo della persona". Ne consegue che la meritevolezza di tutela della famiglia riguarda non solo i rapporti di sangue ma soprattutto i rapporti affettivi che di traducono in "una comunione spirituale di vita".

<sup>27</sup> Cass., 10 aprile 1992, n. 4395, in *Mass. Giur. it.*, 1992.

<sup>28</sup> Cass., 22 maggio 1990, n. 4615, in *Mass. Giur. it.*, 1990, dispone che "Ai fini della dichiarazione dello stato di adottabilità ai sensi dell'art. 8, l. 4 maggio 1983, n. 184 non è sufficiente la circostanza che i minori siano stati ricoverati in istituto, quando risulti che detto ricovero sia stato determinato non già dalla volontà dei genitori di delegare ad altri la responsabilità della cura, della custodia e dell'educazione dei figli, ma della loro situazione economico-sociale, tale da impedire di offrire alla prole un ambiente familiare idoneo, e sia stato accompagnato da visite frequenti, manifestazioni di affetto e comportamenti in genere idonei a rimediare almeno in parte al

In altri termini, il *best interest of the child* può configurare anche un “diritto all’amore” che garantisce al minore quel pieno e libero sviluppo della propria personalità costituzionalmente garantito.

È ovvio che nessun giudice o legge può imporre di amare qualcuno o “di fare nascere l’affetto dove non c’è”<sup>29</sup>, ma un “diritto all’amore” contribuisce a tenere in considerazione un ulteriore interesse da tutelare, da un lato, verso i genitori, i quali negando il loro affetto ai figli di fatto violano la garanzia costituzionale data loro, mentre dall’altro lato, diventa parametro di valutazione per l’accertamento della idoneità affettiva necessaria per la concretizzazione del diritto alla famiglia riconosciuto al minore privo di un ambiente familiare idoneo. Idoneità affettiva che è richiesta ancora prima di quella di educare, istruire e mantenere i figli (art. 6, comma 2, l. adoz.)<sup>30</sup>.

Da tali considerazioni ne deriva che l’indigenza materiale dei genitori non può essere di ostacolo nel garantire al minore di vivere e crescere nella propria famiglia di origine.

Una “vita di stenti”, seppure deplorabile e un tempo criterio per determinare lo stato di adottabilità, non può essere assunto da solo a criterio di valutazione per determinare l’abbandono del minore, a meno che non sia accompagnato da altri elementi che permettono di ritenere il minore privo di quell’affetto e assistenza materiale e morale che caratterizzano o dovrebbero caratterizzare la vita familiare<sup>31</sup>.

---

distacco materiale; tuttavia la dichiarazione dello stato di abbandono può essere pronunciata quando sussista la certezza, o una ragionevole probabilità, che la situazione di ricovero in istituto tenda a cronicizzarsi senza possibilità di reversibilità, neppure attraverso opportune misure di sostegno offerte dai servizi locali di assistenza”.

<sup>29</sup> JEMOLO, A.C., «Intorno al rispetto dei figli verso i genitori», *Giur. it.*, 1981, p. 546.

<sup>30</sup> L’art. 6, comma 2, l. adoz. prevede espressamente che “I coniugi devono essere affettivamente idonei e capaci di educare, istruire e mantenere i minori che intendano adottare”. Cfr. RUSCELLO, F., *op. cit.*; DOGLIOTTI, M., *Adozione e affidamento*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1990, p. 432 ss., conferma che l’idoneità dei genitori non può essere parametrata solo al mero adempimento dei doveri di mantenimento, educazione e istruzione ma “deve sostanzarsi in potenzialità affettive”. Di diverso avviso FINOCCHIARO, M. e FINOCCHIARO A., *Adozione e affidamento dei minori*, Milano, 2001, p. 58 ss.

<sup>31</sup> BONILINI, G., *op. cit.*, p. 189 ritiene infatti che se la mancanza di assistenza morale sia la diretta conseguenza di una scelta dei genitori per sottrarsi definitivamente ai doveri di assistenza, allora potrebbe essere sufficiente solo questa circostanza per l’accertamento di una situazione di abbandono con la conseguente dichiarazione di adottabilità.

Se i genitori manifestassero continuamente affetto verso i figli sarebbe “ingiusto” privare il minore di quel calore che soltanto un padre e una madre possono dare<sup>32</sup>. Ne consegue che l'indigenza dei genitori va protetta attraverso la concretizzazione dei doveri inderogabili di solidarietà sui quali è chiamata l'intera collettività per mezzo dello Stato. La dichiarazione di abbandono diventa *extrema ratio* dell'ordinamento.

#### **4. Il diritto a crescere in famiglia quale espressione del *best interest of the child***

Con riferimento ai minori la famiglia diventa imprescindibile, perché il pieno e libero sviluppo in quanto persona può realizzarsi proprio nella misura in cui gli venga salvaguardata l'essenziale sfera affettiva familiare<sup>33</sup>.

La preminenza e il rispetto dei diritti inviolabili della persona è il risultato costante di una concreta armonizzazione delle posizioni giuridiche soggettive di ciascun membro della famiglia, anche e soprattutto nei confronti del minore.

Il legislatore italiano, nell'ultimo decennio, ha progressivamente consolidato le basi del diritto del minore a vivere e crescere nella propria famiglia.

---

<sup>32</sup> RUSCELLO F., *op. cit.*, p. 195 alla nota 39 precisa che se, da un lato, “il solo stato di indigenza non può determinare lo stato di abbandono”, dall'altro lato, è possibile dichiarare lo stato di abbandono anche nella ipotesi mancanza della sola assistenza morale, “quantunque si accerti la presenza dell'assistenza materiale”. Cfr. AULETTA, T., *Il diritto di famiglia*, cit., p. 272 ss. Secondo BIANCA, C.M., *Diritto civile, 2, La Famiglia. Le successioni*, Milano, 2001, p. 370 conferma infatti l'idea che, mentre la mancanza di assistenza morale può identificare lo stato di abbandono, ed evidenzia l'esigenza di garantire al minore una nuova famiglia visto che quella di origine gli assicura la cura adeguata perché non può o non vuole dargli, la semplice carenza dell'assistenza materiale non costituisce da sola ipotesi di abbandono, anzi sollecita l'ordinamento a sussidi specifici e all'assistenza dei servizi sociali per garantire la permanenza del minore presso la sua famiglia di origine.

<sup>33</sup> NAPOLI, G.E., *Il diritto del minore a crescere nella propria famiglia di origine*, in *Studi della Scuola Superiore della Magistratura*, 2022, p. 103; ID., «L'effettività del diritto del minore a crescere nella propria famiglia», *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2022, p. 1360 ss.

Già a partire dal 2001, con la radicale riforma in materia di affidamento e adozione, la legge n. 149, novellando la l. 4 maggio 1983, n. 184 (c.d. l. div.) ha cambiato la posizione del minore nelle dinamiche familiari, affermando la centralità degli interessi di quest'ultimo rispetto a quelli della famiglia in quanto tale più adultocentrica.

Il cambio di prospettiva si è evidenziato ancora di più nel 2006, quando la l. 8 febbraio 2006, n. 54 ha disciplinato come prevalente, in caso di crisi familiare con minori, l'applicazione del principio dell'affidamento condiviso, in modo che il bambino possa mantenere sempre i rapporti anche con il genitore non collocatario e con i parenti di ciascun ramo genitoriale, particolarmente significativi nella crescita e nello sviluppo del minore.

Nel 2012 e nel 2013, infine, oltre ad avere unificato lo stato di figlio, il legislatore ha accentuato il riconoscimento del diritto del minore a crescere nella propria famiglia<sup>34</sup>, in quanto espressione proprio di quei diritti fondamentali inviolabili della persona contenuti all'art. 2 cost.

Rilevano, in tal senso, gli artt. 315 e 315 *-bis* c.c., di cui il primo esprime l'unicità dello stato di figlio, mentre il secondo, conosciuto come lo statuto del figlio, precisa che il medesimo ha diritto di essere, mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni, e che ha *diritto di crescere in famiglia* e mantenere rapporti significativi con i parenti.

L'art. 30 cost., del resto, ha sempre evidenziato una sostanziale rottura con il tradizionale giudizio di disvalore verso la filiazione naturale, e, in armonia con il principio di non discriminazione di cui all'art. 3 cost., ha esteso il contenuto dell'art. 147 c.c. oltre lo stretto ambito matrimoniale della genitorialità, per giungere a riconoscere una posizione giuridica piena volta a realizzare il "progetto educativo" della prole<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> BIANCA, C.M., *Diritto civile, La famiglia*, Milano, 2014, p. 415 ss.

<sup>35</sup> BALLARANI G. e SIRENA P., «Il diritto dei figli di crescere in famiglia e di mantenere rapporti con i parenti nel quadro del superiore interesse del minore (art. 315 bis c.c., inserito dall'art. 1, comma 8, l. n. 219/12)», *Nuova leg. civ. comm.*, 2013, p. 535; GIACOBBE, G., «La famiglia dal codice civile alla legge di riforma», *Justitia*, 1999, p. 242 ss.; ID., «Potestà dei genitori e progetto educativo», in FREZZA G. (a cura di), *Trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia*, Milano, 2005, p. 113 ss.; DOGLIOTTI M., «La potestà dei genitori e l'autonomia del minore», in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 2007, p. 28 ss.; G. FERRANDO, «La legge sulla filiazione. Profili sostanziali», *Jus Civile*, 2013, p. 133 ss.

La preminenza del combinato disposto delle due norme citate è confluita oggi nella nuova formulazione dell'art. 315 -bis c.c.

Questa preminenza potrebbe perdere di portata se non si facesse confluire il diritto a crescere e a vivere nella propria famiglia all'interno del principio generale contenuto nel *best interest of the child*, ossia quale ausilio per il raggiungimento del migliore benessere possibile del minore.

Inoltre, a tale principio va aggiunto, in un ordinamento italo-europeo come il nostro<sup>36</sup>, quanto contenuto dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Tale disposizione prevede che ogni persona ha il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare e che non può esservi ingerenza da parte dell'autorità pubblica, a meno che non vi siano ragioni di ordine pubblico costituzionale.

La Corte di Strasburgo ha poi dato una interpretazione stringente della norma, poiché ha ribadito che la dichiarazione di adottabilità dei minori è una sicura ingerenza nell'esercizio del diritto al rispetto della vita familiare e pertanto è possibile solo se prevista dalla legge, persegue uno scopo legittimo e risulta necessaria in una società democratica, in altri termini se risulta ragionevole e proporzionata in conformità con gli interessi in gioco coinvolti e i principi fondamentali del sistema ordinamentale<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> In tema si v. PERLINGIERI, P., «Equilibrio normativo e proporzionalità nei contratti», *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 382 ss.; ID., «Complessità e unitarietà nell'ordinamento giuridico», *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 188 ss.; PERLINGIERI, G., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 139; VILLANACCI, G., *La ragionevolezza nella proporzionalità del diritto*, Torino, 2020, pp. 690-691; LIPARI, N., *Diritto civile e ragione*, Milano, 2019, p. 19, ritiene che sia «impossibile» limitare la ragionevolezza a mero criterio di proporzionalità; NAVARRETTA, E., «Principio di uguaglianza e diritto», *Questione Giustizia*, 2020, p. 23; CERRI, A., «Spunti e riflessioni sulla ragionevolezza nel diritto», *Dir. publ.*, 2016, p. 625 ss.; SANDULLI, A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, p. 322; BORTOLUZZI, A., «Proporzionalità», *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg.*, II, Torino, 2007, p. 1089 ss.; CRISCUOLO, F., «Principio di proporzionalità, riduzione ed equità della penale e disciplina della multa penitenziaria», *Riv. arb.*, 2006, p. 387 ss.

<sup>37</sup> Per la giurisprudenza della Corte edu si v. Corte Edu, 13 ottobre 2015, n. 52557/14, in *OneLegale.it*, «La dichiarazione di adottabilità dei minori costituisce un'ingerenza nell'esercizio del diritto al rispetto della vita familiare; tale ingerenza non è compatibile con l'art. 8 Cedu se non quando assolve le condizioni cumulative di essere prevista dalla legge, di perseguire uno scopo legittimo, e di essere necessaria, basandosi su un bisogno sociale imperioso ed essendo proporzionata allo scopo legittimo

---

ricercato. Fermo il margine di valutazione discrezionale spettante agli Stati, la rottura irreversibile e definitiva del legame familiare costituisce un *extrema ratio* da adottare quando non siano praticabili altre soluzioni che salvaguardino, al tempo stesso, nel caso concreto, l'interesse del minore ed il legame familiare, ivi compresi gli interventi di sostegno da parte delle autorità pubbliche di protezione sociale. È, pertanto, contraria al diritto al rispetto della vita familiare la dichiarazione di adottabilità di tre bambini qualora concorrano le seguenti circostanze: i servizi non abbiano posto in essere adeguati interventi di sostegno ai genitori, i quali non abbiano tenuto comportamenti gravemente censurabili; la decisione sia fondata unicamente sulle opinioni espresse dai servizi sociali e dalla direzione della comunità ove i bambini erano accolti, senza indicare le ragioni che hanno portato a disattendere le indicazioni di segno opposto date dalla CTU"; Corte Edu, 16 luglio 2015, n. 39438/13, in *OneLegale.it*, pronunciandosi su un caso riguardante un cittadino russo cui era stato inibito qualsiasi contatto con la figlia quando, accertatosi che egli non ne era il padre biologico, era decaduto dallo status di padre, la Corte di Strasburgo, nel riconoscere la violazione dell'art. 8 della Convenzione e.d.u., "ha rilevato, in particolare, che le autorità non avevano garantito la prosecuzione dei legami familiari tra il padre non biologico e il minore il quale aveva sviluppato uno stretto legame emotivo durante il lungo periodo trascorso con il padre instaurando un vero rapporto padre e figlia. La completa ed automatica esclusione dalla vita del minore del ricorrente, padre non biologico, dopo la cessazione del suo status di padre, senza considerare il superiore interesse del minore - quale conseguenza della rigidità del diritto interno che prevede che solo i genitori naturali hanno il diritto di mantenere i contatti - equivaleva al mancato rispetto del diritto alla sua vita familiare. Infatti, la Corte ha ritenuto che gli Stati dovrebbero essere tenuti a esaminare caso per caso se rientra nel superiore interesse del minore mantenere il contatto con una persona, a prescindere dal fatto che la stessa sia al minore biologicamente legata o meno; Corte Edu, 21 gennaio 2014, Z. c. Italia, in *OneLegale.it*, ritiene che "posto che l'adozione di un minore, recidendo ogni legame con la famiglia d'origine, costituisce misura eccezionale, gli Stati membri della convenzione europea dei diritti dell'uomo hanno l'obbligo di assicurare che le proprie autorità giudiziarie e amministrative adottino preventivamente tutte le misure, positive e negative, anche di carattere assistenziale, volte a favorire il ricongiungimento tra genitori biologici e figli e a tutelare il superiore interesse di questi ultimi, evitando per quanto possibile l'adozione e prevedendo la possibilità di disporre, sempre se corrisponda all'interesse dei minori, una forma di adozione che garantisca la conservazione dei legami tra questi ultimi e i genitori (nella specie, la corte ha ritenuto costituire violazione dell'art. 8 della convenzione l'adozione di un minore, disposta dall'autorità giudiziaria italiana, la cui madre biologica, in stato di indigenza ed in difficili condizioni di salute, non era in grado di prendersene cura, senza però che la sua condotta fosse stata di per sé pregiudizievole per il figlio, perché non era stata adeguatamente ricercata la possibilità, a mezzo di idonei interventi, di superare le pur gravi ed obiettive difficoltà della donna)"; Corte Edu, 2 novembre 2010, n. 36168, in *OneLegale.it*, "nonostante il riconoscimento del margine di apprezzamento, le autorità nazionali devono promuovere sforzi adeguati e sufficienti per far rispettare il diritto di visita del genitore non affidatario e permettergli con tutti i mezzi disponibili di ristabilire i contatti con il figlio, in caso contrario verrebbe

Ne deriva che l'interruzione del rapporto tra il minore e la famiglia di origine è da considerarsi quale soluzione estrema e del tutto marginale, da adottare solo in casi in cui i genitori siano particolarmente "indegni"<sup>38</sup> o quando appaia contrario al migliore benessere possibile del minore<sup>39</sup>.

Il migliore interesse possibile dei minori sposta quindi l'asse dell'indagine e diventa elemento centrale intorno al quale fare ruotare l'intera disciplina giuridica delle relazioni tra genitori e figli<sup>40</sup>.

Lo standard valutativo dell'interesse del minore diventa indice di riferimento di tutto il sistema minorile e il diritto all'ascolto, attraverso il filtro del discernimento, ne costituisce la chiave di lettura per adottare decisioni calibrate e adeguate alla individualità del minore, volte a valorizzare non un modello astratto di cui non si ha contezza, ma l'unicità e l'irripetibilità della sua dimensione esistenziale<sup>41</sup>.

---

integrata una lesione al diritto del ricorrente al rispetto della sua vita familiare garantito dall'art. 8 della Cedu".

<sup>38</sup> Corte Edu, 13 ottobre 2015, n. 52557/14, cit.

<sup>39</sup> Cfr. Corte Edu, 13 ottobre 2015, n. 52557/14, cit.; Corte Edu, 16 luglio 2015, n. 39438/13, cit.; NAPOLI, G.E., *op. cit.*, p. 117, precisa che nel nostro ordinamento, la giurisprudenza di legittimità (si v. Cass., ord., 17 maggio 2019, n. 13408, in OneLegale.it; Cass., ord., 22 agosto 2018, n. 20954, in OneLegale.it; Cass., ord., 31 ottobre 2018, n. 27738, in OneLegale.it; Cass., 14 aprile 2016, n. 7391, in OneLegale.it; Cass., 20 gennaio 2015, n. 881, in OneLegale.it) ha dato seguito alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, la cui valorizzazione è stata posta in stretta relazione sia con i principi affermati dalla Consulta con riferimento al diritto del minore a crescere nella propria famiglia (Corte cost., 19 gennaio 1995, n. 28, in cortecostituzionale.it; Corte cost., 26 giugno 1997, n. 20, in cortecostituzionale.it; Corte cost., 10 novembre 2016, n. 236, in cosrtecostituzionale.it; Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 31, in cortecostituzionale.it; Corte cost., ord., 23 marzo 2007, n. 106, in cortecostituzionale.it) sia con le applicazioni, da parte della Corte di Giustizia, dell'art. 7 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Corte UE, 15 novembre 2011, C-256/11, in eur-lex.europa.eu). Ne consegue "un quadro complessivo che lascia finalmente prospettare una sempre maggiore effettività della tutela del primario diritto del minore a resta all'interno del proprio nucleo familiare di origine".

<sup>40</sup> BALLARANI, G., «La capacità autodeterminativa del minore», in FALCHI G.L. e IAC-CARINO A., (a cura di), *Legittimazione e limiti degli ordinamenti giuridici*, Città del Vaticano, 2012, p. 465 ss.; PERLINGIERI, P., «Norme costituzionali e rapporti di diritto civile», in ID., *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, 1979, p. 95 ss.; RUSCELLO, F., «La potestà dei genitori. Rapporti personali (artt. 315-319)», *Comm. cod.civ. Schlesinger*, Milano, 1996, p. 78 ss.

<sup>41</sup> LA ROSA, E., «Diritti dei figli e responsabilità genitoriale nell'evoluzione della famiglia», *Dir. succ. fam.*, 2020, p. 936.

Crescere nella propria famiglia è quindi il luogo privilegiato per promuovere e sviluppare la personalità umana del minore e assume ruolo primario della intera comunità familiare in una accezione indubbiamente estesa alle diverse dinamiche affettive.

In altri termini, l'affermazione del diritto di crescere in famiglia di cui all'art. 315 *-bis* c.c. può contenere in sé gli elementi di un principio generale che si colora dell'esigenza connaturata alla esistenza stessa del minore di essere inserito in un "contesto relazionale affettivo" che sia adeguato ad assicurare pienamente lo sviluppo della sua personalità.

Questa prospettiva consente di inquadrare meglio il senso della responsabilità genitoriale di cui all'art. 315 *-bis* c.c. che, da un lato, si può leggere come violazione dei doveri genitoriali di cura e di assistenza morale e materiale dei figli e, dall'altro lato, si può leggere come eventuale esercizio eccessivo rispetto allo scopo dei diritti funzionali all'adempimento dei doveri genitoriali.

L'interesse del minore a raggiungere "un sano ed armonico sviluppo psicofisico"<sup>42</sup> viene a realizzarsi, in primo luogo, attraverso la funzione educativa, di cura e formazione, dei genitori, rimanendo il loro apporto essenziale per la valorizzazione della personalità del minore.

Se così è, allora il diritto del minore a crescere in famiglia e a mantenere rapporti con i parenti, rinforza il suo ruolo di giusta sintesi del preminente interesse del minore alle relazioni familiari<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> BALLARANI, G. e SIRENA, P., *op. cit.*, p. 539.

<sup>43</sup> BALLARANI, G. e SIRENA, P., *op. cit.*, p. 539, i quali ritengono che la carica innovativa che connota una simile impostazione, "emerge con evidenza considerando come il rinvio al crescere in famiglia ed alla rilevanza dei rapporti parentali, consenta di accogliere appieno quella estensione della genitorialità sul piano sociale e, quindi, ben oltre il dato biologico della stessa, coinvolgendo quanti nel concreto esercitano le funzioni genitoriali, in chiaro ossequio al concetto di responsabilità genitoriale accolto nel contesto europeo e formalizzato dal Reg. CE n. 2201/2003"; BIANCA, M., «Il diritto del minore all' "amore" dei nonni», *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 155. Sulla rilevanza del genitore sociale si v. LA ROSA, E., *op. cit.*, p. 950 ss. In particolare, è possibile fare riferimento anche a Corte cost., 20 ottobre 2016, n. 225, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3329 nella quale si afferma che l'interruzione ingiustificata da parte di uno o di entrambi i genitori, in contrasto con l'interesse del minore, di un rapporto significativo, da quest'ultimo instaurato e intrattenuto con soggetti che non siano parenti, è riconducibile alla ipotesi di condotta del genitore comunque "pregiudizievole al figlio", affermando di fatto la rilevanza nello sviluppo della personalità del minore del ruolo di un eventuale genitore sociale.



## **5. Il diritto a crescere e vivere nella propria famiglia è interesse essenziale ed esistenziale dell'essere umano. La non rilevanza dell'indigenza dei genitori**

L'interesse del minore a vivere nella propria famiglia è, quindi, oggetto del diritto sancito sia dalla legge sull'adozione del 1983, sia nel nostro Codice civile all'art. 315 *-bis* c.c., coniato come lo statuto dei diritti dei figli, sia nelle diverse Convenzioni internazionali citate.

Non si può quindi dubitare che tale diritto sia un "diritto soggettivo assoluto", tutelato nella vita di relazione contro qualsiasi fatto doloso o colposo che sottragga il minore al suo nucleo familiare.

Oltre che nei confronti della collettività il diritto di crescere nella propria famiglia è un diritto verso lo Stato.

Nei confronti di quest'ultimo diviene diritto al rispetto, ossia al rispetto del proprio rapporto familiare, e come tale espressivo del principio di solidarietà, tramutato concretamente nel diritto a ricevere l'assistenza necessaria per realizzare l'interesse a restare in famiglia.

È stato sottolineato che tale diritto, quando non può realizzarsi, diviene il diritto a "una" famiglia, ossia il diritto ad un nuovo nucleo familiare, per permettere al minore di ritrovare ciò che non ha potuto trovare nella propria.

Dall'esperienza sociale si evince che l'interesse del minore a vivere e a crescere in famiglia, è l'interesse al legame affettivo che lo unisce ai suoi genitori. Non a caso la legge sull'adozione prevede quale requisito degli adottanti e degli affidatari la capacità affettiva.

Ne deriva che il diritto a vivere e crescere in famiglia, riempie di contenuto il *best interest of the child*, in quanto tutela un interesse essenziale dell'essere umano nel tempo della sua formazione. Il legame con i genitori deve essere sempre salvaguardato il più possibile, almeno fino a quando non s'imponga la tutela di un altro interesse essenziale dell'essere umano, quello di non essere oggetto di violenza<sup>44</sup>.

E allora non potranno essere valutate solo le situazioni economiche nel dare contenuto all'interesse del minore ma andranno considerate soprattutto quelle esistenziali e di cui le prime sono sempre in funzione delle seconde.

---

<sup>44</sup> Sembra esserne consapevole la giurisprudenza della Suprema Corte che ammette l'allontanamento del minore dalla propria famiglia solo quale *extrema ratio*.

Il migliore interesse del minore è quello di vivere dell'amore dei genitori più che quello di subire condizioni precarie per le difficoltà economiche dei medesimi.

L'assistenza materiale è certamente una condizione importante della vita del minore ma la carenza di essa, dovuta all'indigenza della famiglia, non può essere rimediata togliendo il figlio ai suoi genitori.

Se la Repubblica ha il dovere di rimuovere quegli ostacoli sociali ed economici che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana (art. 3 cost.), se la Repubblica garantisce e riconosce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali dove si svolge la sua personalità (art. 2 cost.), allora non può non intervenire affinché la famiglia sia agevolata nell'adempimento dei propri compiti, con la conseguenza che l'eventuale indigenza dei genitori non possa essere di ostacolo all'esercizio del minore di vivere e crescere nella propria famiglia e in essa realizzare e sviluppare la propria personalità.

La capacità di discernimento, da altro lato, rimane lo strumento attraverso il quale il minore può autodeterminarsi e permette di accertare, caso per caso, la maturità e il grado di consapevolezza raggiunti dal medesimo.

Indubbiamente si distacca da una capacità di diritto, quantomeno per la sua rilevanza esistenziale, per confluire in una "capacità-contenitore graduabile"<sup>45</sup> misurabile dal giudice e non solo per consentire al minore di esprimere la sua individualità nelle scelte che mettono in gioco i suoi interessi.

In questa prospettiva il miglior interesse del minore diventa valore normativo del nostro sistema ordinamentale che concorre ad individuare l'ordinamento del caso concreto, ossia la migliore soluzione possibile a garantire il pieno e libero sviluppo del minore, indipendentemente dalla sua condizione economica e sociale.

Migliore interesse del minore che non può riempirsi di contenuto se in quanto si accetti l'idea che si può darne soddisfazione solo se si ammette la rilevanza dei sentimenti anche nel diritto, altrimenti non si andrebbe a tutelare e perseguire realmente il pieno e libero sviluppo della persona e, soprattutto, del minore.

---

<sup>45</sup> Formula usata da LA ROSA, E., *op. cit.*, p. 936.

Se da un lato, è noto che l'ordinamento non può imporre sentimenti, dall'altro lato, non possono non prendersi in considerazione quando si discute di minore e di sua dignità in quanto essere umano.

Secondo nota dottrina<sup>46</sup> il sentimento può rilevare giuridicamente se è manifestazione sociale sufficiente, "esteriorizzazione che deve avvenire attraverso altri fatti"<sup>47</sup>.

In altri termini, le emozioni necessitano di fatti manifestativi di vita o comportamenti, attraverso i quali si rivestono di giuridicità, perché oggettivamente osservabili.

I sentimenti riflettono situazioni di interesse e che la stessa nozione giuridica di interesse (art. 1174 c.c.), conduce alla categoria del valore "che non sempre deve essere patrimoniale".

Il sentimento, allora, assume un ruolo nel sistema giuridico in quanto è il motore attraverso il quale "la coscienza individuale si mette in rapporto con i valori"<sup>48</sup>.

Del resto con la riforma della filiazione tra il 2012 e il 2013 vi è stato un vero e proprio riconoscimento della rilevanza giuridica del sentimento nelle norme di riferimento.

L'art. 315 -bis c.c., contiene al suo interno, oltre al diritto al mantenimento, all'educazione e all'istruzione, fenomeni esistenziali connotati di giuridicità, quali il diritto all'assistenza *morale* e il diritto a crescere nella propria famiglia, mantenendo rapporti *significativi* con tutti i parenti, senza contare che viene riconosciuto al minore il diritto all'ascolto nelle procedure che lo riguardano se abbia compiuto dodicenni e comunque anche al di sotto purché con capacità di discernimento.

In altri termini, la norma dà sempre rilevanza giuridica al discernimento che è indice di introspezione sentimentale di qualsiasi essere

---

<sup>46</sup> FALZEA, A., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. II. Dogmatica giuridica*, Milano, 1997, p. 437 ss. *Contra* GAZZONI, F., *Amore e diritto ovvero i diritti dell'amore*, Napoli, 1994 p. 3, secondo il quale, in realtà, è assai difficile, se non impossibile, regolamentare i sentimenti, quantomeno perché coinvolgono situazioni che per loro natura rimangono ambigue e oscure, in particolare modo per quel che riguarda l'amore. Di diverso avviso, invece, PALAZZO, A., *Eros e Jus*, Milano, 2015, p. 49, il quale ritiene che sussistano elementi oggettivi che possono aiutare ad individuare una sorta di "capacità di amare", come ad esempio la durata di una relazione amorosa nel tempo o la decisione comune di avere figli.

<sup>47</sup> PEZZOLA, M., «Diritto dei figli ad essere amati?», *Pers. mer.*, 2018, p. 30.

<sup>48</sup> FALZEA, A., *op. cit.*, p. 441.

umano, perché nel caso di minore che abbia compiuto dodici anni la capacità di discernere è presunta.

Nell'assistenza morale si annida necessariamente quell'immanicabile apporto di cure e affetto talmente necessario nella crescita del minore che, in caso di mancanza, la legge ammette, seppure in via residuale, l'adozione.

Il diritto del figlio, non solo minore, di ricevere l'assistenza morale, nella sua specificità e irripetibilità di persona, colora il rapporto tra il minore e i genitori di quegli aspetti di cura ed empatia, di condivisione della vita che non può esaurirsi al mero profilo patrimoniale.

E allora la necessità di assicurare al minore l'assistenza morale intesa in questi termini, impone di affermare che per avvenire ciò il diritto a crescere e ad essere educato nella propria famiglia diventa essenziale. In altri termini, la "concreta realizzazione" dell'interesse del minore prende colore solo nell'identificarsi con la permanenza del minore nella "comunità familiare" di origine e nel perdurare di significativi e stabili rapporti affettivi con entrambi i genitori e con tutto il contesto familiare di appartenenza<sup>49</sup>.

La famiglia, pur nei suoi diversi e contemporanei modelli, in tutte le sue possibili contraddizioni, rimane, anche per la legge, ancora "il primo *habitat* di tutela e di promozione della personalità del figlio, in particolare, di quello minore di età"<sup>50</sup>.

Ne deriva che proprio la riforma della filiazione ha dato una lettura assiologicamente orientata del migliore interesse possibile del minore, riconoscendo definitivamente la meritevolezza di tutela della componente affettiva del rapporto figli/genitori, imprescindibile per una sana e serena crescita del minore e per un equilibrato sviluppo della sua personalità.

---

<sup>49</sup> PANE, R., «Dalla protezione alla promozione del minore», *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 93; BIANCA, C.M., «La legge italiana conosce solo figli», *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 3 ss.; AU-LETTA, T., «La famiglia rinnovata. Problemi e prospettive», *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, II, Milano, 2006, p. 25 ss.; BASINI, F., «Ascendenti, diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni e risarcimento del danno. Il "diritto di visita" degli avi dopo il d.lgs. n. 154 del 2013», *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 367 ss.; AMORIELLO LAMBERTI, M.C., «Il "diritto di visita" dei nonni: una riforma problematica», in PANE R., (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia*, Napoli, 2015, p. 338, ove ulteriori riferimenti anche giurisprudenziali; in particolare si v. Corte cost., 20 ottobre 2016, n. 225, *Fam. dir.*, 2017, p. 305, con nota critica di TOMMASEO, F. «La Corte costituzionale sulla tutela degli affetti extrafamiliari del fanciullo».

<sup>50</sup> PANE, R., *op. cit.*, p. 93.

Si conferma l'affettività l'elemento fondante la famiglia e, quindi, valore dell'ordinamento giuridico. Del resto, è dimostrato che la carenza dell'apporto affettivo può ingenerare danni e squilibri psichici all'adulto del domani, ponendo problemi ancora più gravi per l'intera società<sup>51</sup>.

Il nucleo essenziale dell'obbligo di assistenza morale racchiude in sé l'essenza dei sentimenti, concretizzandosi nell'aiuto e nel conforto spirituale, ossia nel diritto a ricevere amore con cura e affetto.

L'apporto affettivo diventa essenziale per il perseguimento del migliore interesse possibile contenuto nella Convenzione ONU e rimane strettamente connesso al diritto del minore a crescere nella propria famiglia (art. 315 -bis e art. 1 l. div.), un diritto strumentale legato alla necessità di garantire alla prole quello indispensabile.

L'assistenza morale è, allora, quel filo sottile che collega tutti i diritti del minore e assicura la cura più completa della persona nell'età della spensieratezza.

In questo contesto, emerge con forza lo stretto legame tra il diritto all'assistenza morale e il diritto del figlio a crescere in famiglia.

Quest'ultimo integra il diritto a compiere il percorso affettivo, formativo e educativo, all'interno del proprio nucleo familiare, ossia nel contesto che l'ordinamento mostra di ritenere prioritario per il pieno sviluppo della personalità del figlio<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> PEZZOLA, M., *op. cit.*, p. 33, precisa che la menzione espressa della "assistenza morale" conferisca rilievo giuridico alla relazione genitore-figlio, la quale, ancora prima di essere giuridica, è una "relazione affettiva antropologica" e, pertanto, pre-giuridica. La particolare attenzione del legislatore sulla rilevanza della dimensione affettiva non si rinviene nel rapporto tra coniugi nonostante usi la stessa locuzione di "assistenza morale" (si v. l'art. 315 -bis e 143 c.c.). Per questa ragione ragionevole sostenere che il nucleo essenziale della assistenza morale tra coniugi non confluisce nell'interesse ad essere amati quanto "nell'aiuto e nel conforto spirituale" che sono tenuti a darsi reciprocamente in virtù delle promesse matrimoniali. Del resto, il venire meno di questo "sostegno" reciproco giustifica il diritto alla separazione, mentre la carenza di amore non assume alcuna rilevanza autonoma nemmeno nell'eventuale "addebito" della separazione, se non quando la sua mancanza si traduce in un comportamento lesivo di altri diritti della personalità (Cass., 1 dicembre 2004, n. 22593, in *Ced Cass.*, 2004). Cfr. SESTA, M., «Famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma», *Fam. dir.*, 2015, p. 1013; SCAGLIONE, F., «Situazioni giuridiche soggettive e capacità», in SASSI, A., SCAGLIONE, F., STEFANELLI, S., (a cura di), *La filiazione e i minori*, Torino, 2015, p. 419; SPAZIANI, P., «Il diritto all'assistenza morale (Art. 315 bis c.c. come inserito dall'Art. 1 comma 8, L. n. 219/2012)», in BIANCA, C.M., (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015, p. 82

<sup>52</sup> PEZZOLA, M., *op. cit.*, p. 35.

La rilevanza del crescere nella propria famiglia emerge anche dalla lettura dell'art. 1 l. adoz., modificata nel 2001, in cui si è enunciato espressamente il diritto di crescere ed essere educato nella famiglia di origine.

Dalla lettura combinata tra l'art. 1 e l'art. 8 l. adoz., laddove prevede che la dichiarazione di adottabilità del minore sia determinata solo dall'assenza di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi, si arriva a sostenere che l'art. 1 si riferisca al diritto del minore a vivere non necessariamente nella propria famiglia ma semplicemente in *una* famiglia<sup>53</sup>.

In realtà proprio questa lettura sembra confermare la prioritaria importanza di garantire al minore la crescita nella propria famiglia e solo in via residuale ed eccezionale in una adottiva.

Il fatto di garantire una famiglia al minore, al di là dei legami di sangue, rinforza quella insita necessità di sviluppare la propria personalità nell'ambito della famiglia di origine e il ruolo prioritario che il diritto dell'amore dei genitori svolge nella vita dei figli.

In altri termini, è possibile affermare che il diritto a ricevere cure e affetto, necessari per il migliore sviluppo del minore, possa essere trovato anche nella famiglia adottiva, ma il legame quasi "mistico" tra i genitori e i figli fa pretendere per considerare la famiglia di origine luogo privilegiato per la crescita del minore.

Solo in caso di acclarata inadeguatezza di questa famiglia è possibile riconoscere lo stesso risultato a quella adottiva<sup>54</sup>. In altri termini la privazione del rapporto con la propria famiglia di origine potrà avvenire solo in casi in cui i propri limiti siano talmente gravi da compromettere seriamente lo sviluppo sereno della personalità del minore.

Se la mancanza di assistenza morale e materiale da parte dei genitori costituisce il presupposto dello stato di abbandono e, quindi per la dichiarazione di adottabilità, rimane comunque fondamentale provare a tutelare la esigenza primaria del minore di crescere nella propria famiglia<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> SCALISI, V., «Il diritto del minore ad una famiglia», *Fam. pers. succ.* 2008, p. 872 ss.; NAPOLI, G.E., *op. cit.*, p. 1126 ss.

<sup>54</sup> PEZZOLA, M., *op. cit.*, p. 36.

<sup>55</sup> Anche la giurisprudenza ritiene la dichiarazione di abbandono solo una soluzione estrema da usare in casi eccezionali che non vadano a ledere il benessere del minore, vero obiettivo di ogni forma di tutela che si vuole mettere in campo. Si v. Cass., 29.11.1988, n. 6452, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 2814. Cass., 12 maggio 2006, n. 11019, in

L'art. 315 -bis c.c. riflette l'innegabile apporto che il contesto familiare e la bigenitorialità determinano nella formazione della personalità e dell'identità del minore.

Il diritto del minore a crescere nella propria famiglia enfatizza ancora di più la responsabilità genitoriale, estendendola non solo ai genitori ma anche a tutti coloro che, sul piano sociale, possono assumere le funzioni genitoriali.

Ne consegue che la norma contribuisce, insieme agli artt. 2 e 3 cost., alla massima realizzazione del migliore interesse del minore come sancito dall'art. 8 della Convenzione ONU sui diritti del bambino e impone di riconsiderare ogni istituto che preveda quale rimedio a situazioni di crisi familiari il distacco o l'allontanamento temporaneo o permanente dal nucleo familiare di origine, dovendo bilanciare, in chiave assiologica, ogni provvedimento che influisce sul libero esercizio del diritto del minore a crescere in famiglia<sup>56</sup>.

Il sistema giuridico considera l'insieme delle relazioni familiari come valore imprescindibile della persona e garantisce quella "saldatura generazionale" dei rapporti affettivi<sup>57</sup>.

Pertanto, il diritto a crescere in famiglia, con tutto ciò che questo comporta in chiave relazionale/affettiva per il minore, contribuisce a dare contenuto al c.d. *best interest of the child* e permette di allineare la normativa italiana a quegli orizzonti segnati dall'art. 8 CEDU in cui si può notare il pieno riconoscimento del valore delle relazioni affettive dei minori a prescindere dai rapporti di parentela in una prospettiva

---

*Mass. Giur. it.*, 2006, dispone che si rende necessaria una particolare attenzione, da parte del giudice di merito, nel valutare la situazione di abbandono del minore quale presupposto per la dichiarazione di adottabilità, potendosi ricorrere ad essa "solo in presenza di una situazione di carenza di cure materiali e morali, da parte dei genitori e degli stretti congiunti, tale da pregiudicare, in modo grave e non trascurante, lo sviluppo e l'equilibrio psicofisico del minore". Sulla stessa linea anche Cass., ord., 13 febbraio 2020, n. 3643, in *Ced. Cass.*, 2020; Cass., ord., 3 ottobre 2019, n. 24790, in *Ced. Cass.*, 2019; Cass., 16 febbraio 2018, n. 3915, in *Ced. Cass.*, 2018; Cass., 30 giugno 2016, n. 13435, in *Ced. Cass.*, 2016; Cass., 26 maggio 2014, n. 11758, in *Ced. Cass.*, 2014; Cass., 9 ottobre 2007, n. 21093, in *Mass. Giur. it.*, 2007; Cass., 12 dicembre 2005, n. 27384, in *Mass. Giur. it.*, 2005.

<sup>56</sup> BALLARANI, G. e SIRENA, P., *op. cit.*, p. 544.

<sup>57</sup> BIANCA, M., *op. cit.*, p. 155; DELL'UTRI, M., «L'affidamento condiviso nel sistema dei rapporti familiari», *Giur. it.*, 2006, p. 1550.

volta a considerare l'intera comunità familiare il "luogo privilegiato degli affetti"<sup>58</sup>.

## Bibliografia

AMORIELLO LAMBERTI, M.C., «Il "diritto di visita" dei nonni: una riforma problematica», in PANE R., (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia*, Napoli, 2015,

AULETTA, T., «La famiglia rinnovata. Problemi e prospettive», *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, II, Milano, 2006;

AULETTA, T., *Il diritto di famiglia*, Torino, 2002;

BALLARANI G. e SIRENA P., «Il diritto dei figli di crescere in famiglia e di mantenere rapporti con i parenti nel quadro del superiore interesse del minore (art. 315 bis c.c., inserito dall'art. 1, comma 8, l. n. 219/12)», *Nuova leg. civ. comm.*, 2013;

BALLARANI, G., «La capacità autodeterminativa del minore», in FALCHI G.L. e IACCARINO A., (a cura di), *Legittimazione e limiti degli ordinamenti giuridici*, Città del Vaticano, 2012;

BARBA, V., «Gestación por sustitución y orden publico internacional en el ordenamiento jurídico italiano», *Rev. der. civ.*, 2020; ID., «Las técnicas de procreación humana asistida, la responsabilidad de los padres y el interés del menor entre ley y jurisprudencia italiana», *Actualidad*

---

<sup>58</sup> BALLARANI, G., e SIRENA, P., *op. cit.*, p. 545; CARDONA ALBINI, M., «La Corte Europea dei diritti dell'uomo e la tutela della famiglia: gli artt. 8 e 12 della Convenzione. L'attuazione dei principi nell'ordinamento interno», *Giur. merito*, 2008, p. 12; CUBEDDU, M.G., «Il diritto della famiglia in Europa», in *Trattato di diritto privato* Bessone, I, AULETTA, T., (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, Torino, 2010, p. 53 QUADRI, E., «Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma», *Famiglia*, 2006, p. 416. Sul valore della persona umana, non solo come individuo, anche e soprattutto nelle relazioni familiari si v. PERLINGIERI, P., «Sui rapporti personali nella famiglia», in ID. (a cura di), *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, p. 19 ss.; MESSINETTI, D., «Diritti della famiglia e identità della persona», *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 146 ss.; SCALISI, V., «La "famiglia" e le "famiglie" in Europa», *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 8 ss.; RESCIGNO P., *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Torino, 2000, p. 348 ss.; D'AGOSTINO, F., «La giuridicità costitutiva della famiglia», in ID., *Una filosofia della famiglia*, Milano 2003, p. 99 s



*Civil*, 2022; ID., «Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass., Sez. Un., 12193/2019», *GenIUS*, 2019;

BARBA, V., «La teoria tridimensionale del diritto. La persona e il suo progetto di vita», in SESSAREGO, C.F. *Il diritto come libertà. Abbozzo per una determinazione ontologica del diritto*, a cura di V. Barba, Macerata, 2022;

BARBA, V., «Trasformazioni della famiglia e successioni mortis causa», *Riv. dir. priv.*, 2017; ID., «La tutela della famiglia tra persone formate dello stesso sesso», *GenIUS*, 2018.; ID., «Familias recompuestas y Derecho de sucesiones: Una posible propuesta de regulación», *Rev. der. civ.*, 2022; ID., «Apellido familiar, apellido de los hijos e igualdad de género en el derecho italiano. hacia la superación del modelo familiar patriarcal», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022;

BASINI, F., «Ascendenti, diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni e risarcimento del danno. Il "diritto di visita" degli avi dopo il d.lgs. n. 154 del 2013», *Resp. civ. prev.*, 2014;

BESSONE M., ALPA, G., D'ANGELO, A., FERRANDO, G., e SPALLAROSSA M.R., *La famiglia nel nuovo diritto*, Bologna, 1995;

BIANCA, C.M., «L'interesse del minore alla propria famiglia: un interesse ancora in attesa di piena tutela», in BIANCA, M., (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, 2021;

BIANCA, C.M., «La legge italiana conosce solo figli», *Riv. dir. civ.*, 2013;

BIANCA, C.M., *Diritto civile, 2, La Famiglia. Le successioni*, Milano, 2001;

BIANCA, C.M., *Diritto civile, La famiglia*, Milano, 2014;

BIANCA, M., «Il diritto del minore all' "amore" dei nonni», *Riv. dir. civ.*, 2006;

BONILINI, G., *Nozioni di diritto di famiglia*, Torino, 2002;

BORTOLUZZI, A., «Proporzionalità», *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Agg., II, Torino, 2007;

CAMPIGLIO, C. «Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)», nota a Corte Edu, 26 giugno 2014, n. 65192/11, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014;

CARDONA ALBINI, M., «La Corte Europea dei diritti dell'uomo e la tutela della famiglia: gli artt. 8 e 12 della Convenzione. L'attuazione dei principi nell'ordinamento interno», *Giur. merito*, 2008;

CERRI, A., «Spunti e riflessioni sulla ragionevolezza nel diritto», *Dir. publ.*, 2016;

CRISCUOLO, F., «Principio di proporzionalità, riduzione ed equità della penale e disciplina della multa penitenziaria», *Riv. arb.*, 2006;

CROCCETTA C., e TURCO, C., «Il diritto del minore di crescere in famiglia e l'esperienza dell'affido familiare», *IUSVEducation*, 2015;

CUBEDDU, M.G., «Il diritto della famiglia in Europa», in *Trattato di diritto privato* Bessone, I, AULETTA, T., (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, Torino, 2010;

D'AGOSTINO, F., «La giuridicità costitutiva della famiglia», in ID., *Una filosofia della famiglia*, Milano 2003;

DELL'UTRI, M., «L'affidamento condiviso nel sistema dei rapporti familiari», *Giur. it.*, 2006;

DI LANDRO, A.C., «Best interest of the child e tutela dei minori nel dialogo tra legislazione e giurisprudenza», *Nuove leggi civ. comm.*, 2020;

DOGLIOTTI M., «La potestà dei genitori e l'autonomia del minore», in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 2007;

DOGLIOTTI, M., *Adozione e affidamento*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1990;

FALZEA, A., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. II. Dogmatica giuridica*, Milano, 1997;

FINOCCHIARO, M. e FINOCCHIARO A., *Adozione e affidamento dei minori*, Milano, 2001, p. 58 ss.

FOCARELLI, C., «La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di "best interest of the child"», *Riv. dir. inter.*, 2010;

G. FERRANDO, «La legge sulla filiazione. Profili sostanziali», *Jus Civile*, 2013;

GAZZONI, F., *Amore e diritto ovvero sia i diritti dell'amore*, Napoli, 1994;

GIACOBBE, G., «La famiglia dal codice civile alla legge di riforma», *Justitia*, 1999; ID., «Potestà dei genitori e progetto educativo», in FREZZA G. (a cura di), *Trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia*, Milano, 2005;

IOVANE, M., «The best interest of the child: il cammino dei diritti del minore a trent'anni dalla ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo. Una prospettiva giusprivatistica», *Dir. succ. fam.*, 2022;

JEMOLO, A.C., «Intorno al rispetto dei figli verso i genitori», *Giur. it.*, 1981;

LA ROSA, E., «Diritti dei figli e responsabilità genitoriale nell'evoluzione della famiglia», *Dir. succ. fam.*, 2020;

LAMARQUE, E., *Prima i bambini. Il principio del best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016;

LIPARI, N., *Diritto civile e ragione*, Milano, 2019;

MANERA, G., «L'adozione quale estremo, eccezionale rimedio a gravissime situazioni di totale carenza di cure genitoriali: un nuovo concetto di abbandono?», nota a Cass., 8 febbraio 1989, n. 793, in *Dir. fam. pers.*, 1989;

MESSINETTI, D., «Diritti della famiglia e identità della persona», *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 146 ss.;

SCALISI, V., «La "famiglia" e le "famiglie" in Europa», *Riv. dir. civ.*, 2013;

NAPOLI, G.E., *Il diritto del minore a crescere nella propria famiglia di origine*, in *Studi della Scuola Superiore della Magistratura*, 2022, p. 103; ID., «L'effettività del diritto del minore a crescere nella propria famiglia», *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2022;

NAVARRETTA, E., «Principio di uguaglianza e diritto», *Questione Giustizia*, 2020;

PALAZZO, A., *Eros e Jus*, Milano, 2015;

PANE, R., «Dalla protezione alla promozione del minore», *Rass. dir. civ.*, 2019;

PERLINGIERI, G., «Garanzie "atipiche" e rapporti commerciali», *Riv. dir. impr.*, 2017;

PERLINGIERI, G., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015;

PERLINGIERI, P. e CHIAPPETTA, G. (a cura di), *Questioni di diritto delle famiglie e dei minori*, Napoli, 2017;

PERLINGIERI, P., «Diritto alla famiglia e minori senza famiglia», in ID., *La persona e i suoi diritti*, Napoli, E.S.I., 2005;

PERLINGIERI, P., «Equilibrio normativo e proporzionalità nei contratti», *Rass. dir. civ.*, 2001; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006; ID., «Complessità e unitarietà nell'ordinamento giuridico», *Rass. dir. civ.*, 2005;

PERLINGIERI, P., «Norme costituzionali e rapporti di diritto civile», in ID., *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, 1979;

PERLINGIERI, P., «Sui rapporti personali nella famiglia», in ID. (a cura di), *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982;

PERLINGIERI, P., «Sui rapporti personali nella famiglia», in ID. (a cura di), *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982;

- PERLINGIERI, P., *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005;
- PERLINGIERI, P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972; ID., «La personalità umana nell'ordinamento giuridico», in ID., *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005;
- PEZZOLA, M., «Diritto dei figli ad essere amati?», *Pers. mer.*, 2018;
- POCAR, V. e RONFANI, P., *La famiglia e il diritto*, Bari, 1998;
- PORCELLI, M., «La famiglia al plurale», *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 1241;
- PARADISO, M., «Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è», *Riv. dir. civ.*, 2016;
- PRISCO, I., «I rapporti di filiazione nelle unioni omosessuali. Uso e abuso del criterio del best interest del minore», *Foro nap.*, 2017;
- QUADRI, E., «Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma», *Famiglia*, 2006;
- RESCIGNO P., *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Torino, 2000;
- RESCIGNO, P., *I minori tra famiglia e società* (1982), ora in ID., *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Torino, 2000;
- RIONDINO, M., «Il primato giuridico e morale del concetto di interesse del minore», in Academia.edu, Pontificia Università Lateranense, Roma;
- ROMEO, F., «Surrogazione di maternità all'estero e ordine pubblico internazionale», nota a Corte edu, 24 gennaio 2017, n. 25358/12, in *Giur. it.*, 2018;
- RUSCELLO F., «Diritto alla famiglia e minori senza famiglia», *Fam. dir.*, 2003;
- RUSCELLO, F., «La potestà dei genitori. Rapporti personali (artt. 315-319)», *Comm. cod.civ. Schlesinger*, Milano, 1996;
- RUSSO, R., «Affidamento esclusivo e super esclusivo: l'interesse del minore richiede flessibilità», *Fam. dir.*, 2019;
- SANDULLI, A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998;
- SCAGLIONE, F., «Situazioni giuridiche soggettive e capacità», in SASSI, A., SCAGLIONE, F., STEFANELLI, S., (a cura di), *La filiazione e i minori*, Torino, 2015;
- SCALISI, V., «Il diritto del minore ad una famiglia», *Fam. pers. succ.*, 2008;
- SCALISI, V., «Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto», *Riv. dir. civ.*, 2018;

LENTI, L., «Note critiche in tema di interesse del minore», *Riv. dir. civ.*, 2016;

SCARANO, L.A., «The best interest of the child nella giurisprudenza della Corte suprema di cassazione», in BIANCA M. (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, Sapienza Editrice, 2021;

SENIGAGLIA, R., «Consenso libero e informato del minorenne tra capacità e identità», *Rass. dir. civ.*, 2018;

SENIGAGLIA, R., «The best interest of the child *tra persona e contratto*», *Dir. succ. fam.*, 2019;

SESSAREGO, C.F., «El daño a la persona en el Código civil peruano», in BARANDIARÁN, J.L., *Libro Homenaje a José León Barandiarán*, Lima, 1985, e in SESSAREGO, C.F., *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Lima, 1990; ID., «El daño a la persona en el Código civil peruano de 1984 y en el Código civil italiano de 1942», in AA.VV., *El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, Lima, 1986; ID., «Il danno alla salute nel Codice Civile peruviano», in BASSI LUCIANI, A., e POLETTI, D., (a cura di), *Giornate di studio sul danno alla salute*, Padova, 1990; ID., *Protección jurídica de la persona*, IV, Lima, 1990; ID., «Hacia una nueva sistematización del daño a la persona», *Cuad. der.*, 3, 1993, e in AA.VV., *Ponencias Primer Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial*, Lima, 1994; ID., «Protección de la persona», in AA.VV., *Protección de la persona humana*, Buenos Aires, 1993; ID., «Apuntes para una distinción entre el daño al proyecto de vida y el daño psíquico», *Themis*, 1996, e in AA.VV., *Los derechos del hombre. Daños y protección a la persona*, Mendoza, 1997; ID., «Daño a la identidad personal», in AA.VV., *La persona y el derecho en el fin de siglo*, Santa Fe, 1996, e *Themis*, 1997; ID., «¿Existe un daño al proyecto de vida?», *Studi in onore di Guido Gerin*, Padova, 1996; ID., «Precisiones preliminares sobre el daño a la persona», *Themis*, 1996; ID., «Reparación del daño a la persona», in AA.VV., *Daños a la persona*, Montevideo, 1996; ID., «Daño al proyecto de vida», *Rev. fac. der.*, 1998, 50; ID., «Daño psíquico», *Scribas*, Arequipa, 1998; ID., «El daño al proyecto de vida en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Themis*, 1999; ID., «El daño al proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», in Cabanillas Sánchez, A., (a cura di), *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, 2003; ID., «Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”», *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, IV, Milano, 2006; ID., «El daño al “proyecto de vida” en la doctrina y la jurisprudencia

contemporáneas», *Rev. jur. Peru*, 2009; ID., «Trascendencia y reparación del “daño al proyecto de vida” en el umbral del siglo XXI», in AA.VV., *La responsabilidad civil*, III, Lima, 2010;

SESSAREGO, C.F., «Il “danno alla libertà fenomenica”, o “danno al progetto di vita”, nello scenario giuridico contemporaneo», *Resp. civ.*, trad. a cura di M. Faccioli, 2008; ID., «Il risarcimento del danno al progetto di vita», *ivi*, trad. a cura di R. Omodei Salè, 2009.;

SESSAREGO, C.F., *Il diritto come libertà. Abbozzo per una determinazione ontologica del diritto*, trad. it. a cura di V. Barba, Macerata, 2022;

SESTA, M., «Famiglia e figli a quarant’anni dalla riforma», *Fam. dir.*, 2015;

SPAZIANI, P., «Il diritto all’assistenza morale (Art. 315 bis c.c. come inserito dall’Art. 1 comma 8, L. n. 219/2012)», in BIANCA, C.M., (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015;

STANZIONE, P. e TROISI, B., *Principi generali del diritto civile*, Torino, 2011;

STANZIONE, P., *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975;

TOMMASEO, F. «La Corte costituzionale sulla tutela degli affetti extrafamiliari del fanciullo» nota critica a Corte cost., 20 ottobre 2016, n. 225, *Fam. dir.*, 2017;

VILLANACCI, G., *La ragionevolezza nella proporzionalità del diritto*, Torino, 2020.

# Determinación tardía de la filiación respecto del padre y derecho de reembolso de la madre por los alimentos prestados al hijo comun

*María Teresa Martín Meléndez*

**RESUMEN:** En los casos de determinación tardía de la filiación paterna, cabe que la madre obtenga el reembolso de los alimentos que debió satisfacer el padre y que ella proporcionó al hijo, antes de la demanda de alimentos e, incluso, desde el nacimiento, con base en el deber constitucional de asistencia a los hijos menores (art. 39.3 CE) y la inaplicabilidad del art. 148, pfo. 1 CC a los alimentos debidos por los padres a éstos.

**SUMARIO:** 1. Introducción. El artículo 39 de la Constitución. - 2. El artículo 112 del Código civil interpretado conforme al artículo 39 de la Constitución. - 2.1. El deber de velar y el deber de instar la determinación completa de la filiación del hijo. - 2. 2. El deber de alimentar a los hijos menores. - 3. Reclamación por el hijo, de los alimentos no percibidos por él y que debió satisfacerle el padre. - 4. Reclamación por la madre, del reembolso de las cantidades empleadas por ella en alimentar al hijo pero que debieron ser satisfechas por el padre.

## **1. Introducción. El artículo 39 de la Constitución**

La determinación de la filiación derivada de la generación se lleva a cabo respecto a la madre, en general, con gran facilidad como consecuencia de que son las mujeres, por su condición de tales, quienes dan a luz a los hijos, de modo que por el hecho del parto (a través de la declaración y parte médico del nacimiento, art. 44.3 y 4, pfo. 2, Ley

20/2011, de 21 de julio, del Registro civil) queda fijada la filiación respecto de ella con todos sus efectos. Obviamente, no ocurre lo mismo con el padre, tal y como muestra el aforismo *mater semper certa est, pater incertus*. En los casos de matrimonio, el ordenamiento facilita la determinación de la filiación respecto del padre a través de la presunción de paternidad del marido (art. 116 CC), lo que, aparte de que no siempre responderá a la realidad, no es aplicable a los supuestos, cada vez más frecuentes, de inexistencia de matrimonio entre los progenitores, en los que jugará un importante papel la voluntad del padre al respecto (art. 120 CC). Es cierto que, en la actualidad, la posibilidad de investigar la paternidad (art. 39.2 CE) y el avance de la ciencia, manifestado sobre todo en la posibilidad de acudir a las pruebas de ADN, facilita la determinación judicial de la filiación paterna en los casos de falta de reconocimiento voluntario por el padre, pero también lo es que, por unas razones u otras, tal determinación puede retrasarse en el tiempo, tiempo durante el que es la madre quien, en solitario, se ocupa de alimentar al hijo de ambos. Surge, así, el problema de la reclamación al padre, una vez que ha sido legalmente determinado, del reembolso de la parte de alimentos que él debería haber satisfecho desde el momento del nacimiento hasta su reclamación judicial y que lo fue por la madre en su lugar. Este será el tema de esta comunicación, advirtiendo que nos centraremos en el caso de que la determinación de la filiación haya tenido lugar como consecuencia del ejercicio de una acción judicial con este fin, por parte de la madre.

Esta cuestión ha sido tratada por el Tribunal Supremo en varias ocasiones, respondiendo negativamente a la petición de la madre. Tal denegación la funda, básicamente, en la aplicabilidad a los alimentos debidos a los hijos menores de edad del artículo 148, párrafo 1<sup>a</sup>, *in fine*, del Código civil, según derivaría del artículo 110 puesto en relación con el artículo 153 del mismo cuerpo legal, argumentándose, básicamente, que si el propio alimentista (hijo) carece de acción para reclamar al alimentante (padre) los alimentos anteriores a la interposición de la demanda de alimentos (art. 148, pfo. 1, CC), con más razón carecerá de acción contra él (es decir, contra el padre) quien los prestó en su lugar (la madre). Nosotros no estamos de acuerdo con ello puesto que pensamos que los preceptos implicados, tanto relativos a los efectos de la filiación como al derecho de alimentos entre parientes, han de



ser interpretados a la luz del artículo 39 de la Constitución<sup>1</sup>, en especial, de su apartado 3, lo que permitirá que la madre pueda recuperar del padre, lo que satisfizo de más respecto a lo que a ella le correspondía.

En efecto, del análisis del artículo 39 de la Constitución se desprende<sup>2</sup>:

- Que el deber de alimentar a los hijos durante su minoría de edad, como manifestación del deber de «asistencia de todo orden» recogido en el artículo 39.3 de la Constitución, tiene carácter no sólo legal, sino también constitucional<sup>3</sup>, a diferencia de lo que ocurre con el deber de alimentos a los hijos mayores, donde expresamente se deja su determinación, existencia y duración en manos de la ley.
- Que este deber recae por igual en el padre y la madre<sup>4</sup>, tal y como se desprende del artículo 39.3 en relación con el artículo 14 de la Constitución, y durante toda la minoría de edad

---

<sup>1</sup> Así lo entiende también RUIZ-RICO RUIZ, J., «Los efectos de la determinación de la filiación: ¿Automaticidad o supervisión previa?», *Revista de Derecho de Familia*, 2020. Disponible en <https://proview-thomsonreuters-com.ponton.uva.es/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fperiodical%2F128048065%2Fv20200086.2&titleStage=F&titleAcct=i0adc419b00000146ec035863f9d412c3#sl=pi&eid=b66a89e7641b0cc2f1dd7ce4791e2fe7&eat=a-228398834&pg=&psl=&nvgS=false> [Consulta: 11 enero 2022].

<sup>2</sup> Vid. un tratamiento general de este artículo, mostrándose muy crítico con la insuficiente aplicación que se ha hecho del mismo a los efectos de hacer realidad sus principios, ALONSO PÉREZ, M., «La familia y el Derecho de familia», en YZQUIERDO TOLSADA, M. / CUENA CASAS, M. (dirs.), *Tratado de Derecho de la familia*, vol. I, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017, pp.114 y ss.

<sup>3</sup> En este sentido, STC 1/2001, 15 enero (BOE núm. 41, 16 febrero 2001), a ello se refiere también, STC 33/2006, 13 febrero (BOE núm. 64, 16 marzo 2006), que en este punto recoge el contenido de la STC 57/2005, 14 marzo (BOE núm. 93, 19 abril 2005).

<sup>4</sup> En este sentido, vid. también, ÁLVAREZ MERINO, J., «Los alimentos de los hijos menores: art. 39.3 CE versus art. 148.1 CC», *Revista de Derecho de Familia*, 2013, Disponible en NEO - Lefebvre (elderecho.com), [https://online.elderecho.com/seleccionProducto.do?sessionId=DCE1EDDEB5531375745F0EAD97879F93.TC\\_ONLINE01?producto=UNIVERSAL&javascriptInitial=presentarSeccionMiBiblioteca\(%27revistas%27\)#%2Fpresentar.do%3Fhref%3D2013%2F1007091%26anchor%3Dundefined](https://online.elderecho.com/seleccionProducto.do?sessionId=DCE1EDDEB5531375745F0EAD97879F93.TC_ONLINE01?producto=UNIVERSAL&javascriptInitial=presentarSeccionMiBiblioteca(%27revistas%27)#%2Fpresentar.do%3Fhref%3D2013%2F1007091%26anchor%3Dundefined) [Consulta: 23 marzo 2022], y RUBIO TORRANO, E., «Los alimentos del art. 148, párrafo primero *in fine* del Código Civil, y el art. 39.3 de la Constitución», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2016, Disponible en <https://proview-thomsonreuters-com.ponton.uva.es/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fperiodical%2F106864489%2Fv20180045.3&titleStage=F&titleAcct=i0adc419b00000146ec035863f9d412c3#sl=e&eid=973bbf921b55be33aa766c1569cc9cc8&eat=a->

del hijo, de modo que no puede admitirse que sólo la madre resulte obligada, aunque sea sólo durante un periodo temporal, a prestar alimentos al hijo menor común a ambos.

- Correlativamente, los hijos menores tienen derecho a recibir asistencia de todo orden de los dos padres y durante toda su minoría de edad, no sólo de uno de ellos, ni de forma temporal respecto a uno u otro. Ello con independencia de su filiación y su determinación, tardía o no.

- Todo ello es manifestación del principio del interés superior del menor que inspira el artículo 39 de la Constitución y se recoge en tratados internacionales.

- El principio de protección a las madres con independencia de su estado civil, recogido en el artículo 39.2 de la Constitución, exige, desde el punto de vista negativo, en relación con el artículo 14 de la Constitución, la prohibición de cualquier discriminación en materia del cumplimiento del deber de asistencia a los hijos menores durante su minoría de edad.

- Las leyes que vulneren los principios recogidos en el artículo 39 de la Constitución puestos en relación con el artículo 14 de la misma, serán inconstitucionales<sup>5</sup> y cuando el texto de la ley pueda dar lugar a varias interpretaciones, los jueces y tribunales han de decantarse por la que respete los principios constitucionales y mejor consiga su finalidad (art. 53 CE y art. 5.1 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial)<sup>6</sup>.

Teniendo presente todo ello, la interpretación de los preceptos del Código civil en materia de filiación y alimentos a hijos menores, deberá realizarse de modo que garanticen la igualdad entre padre y madre en el cumplimiento de este deber, evitando discriminaciones entre ambos derivadas de no estar unidos en matrimonio o del hecho biológico de que el parto requiera la condición de mujer; igualmente, esta interpretación estará guiada por el interés superior del menor en ser asistido por ambos progenitores y no sólo por uno de ellos.

---

201143992&pg=&psl=&nvgS=false [Consulta: 11 enero 2022].

<sup>5</sup> Vid. ÁLVAREZ MERINO, J., *op. cit.*

<sup>6</sup> Vid. ROCA TRÍAS, E., «Artículo 39», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. / CASAS BAAMONDE, M. E. (dirs.), *Comentarios a la Constitución española, XL Aniversario*, Boletín Oficial del Estado, Fundación Wolters Kluwer, Ministerio de Justicia y Tribunal Constitucional, Madrid, 2018, p. 1378.

## 2. El artículo 112 del Código civil interpretado conforme al artículo 39 de la Constitución

El artículo fundamental para resolver el problema que estamos planteando es el artículo 112 del Código civil, del que se desprende que la filiación tiene efectos desde el nacimiento y que, en caso de determinación tardía de ésta, la misma retrotraerá sus efectos hasta el momento de la generación, salvo que a ello se opongan la «naturaleza» de esos efectos o la «ley». Entre los efectos de la filiación están, como concreción del deber de «asistencia de todo orden» del artículo 39.3 de la Constitución<sup>7</sup>, el deber de velar por los hijos menores y el de prestarles alimentos, tal y como resulta del artículo 110 del Código civil, que se configuran como contenido esencial, mínimo y necesario y, por consiguiente, indisponible e inderogable<sup>8</sup>, de la relación de filiación.

Puesto que la interpretación del artículo 112 del Código civil ha de realizarse teniendo presentes los postulados y principios del artículo 39 de la Constitución, deberemos concluir: por un lado, que no cabe que una «ley» impida la retroactividad de la determinación de la filiación en relación a estos efectos, puesto que el texto constitucional impone que el deber de asistencia existe y ha de cumplirse desde el momento del nacimiento; por otro, que desde el punto de vista de la «naturaleza» de los efectos de la filiación en los que se concreta ese deber constitucional de «asistencia» (deber de velar y deber de alimentar a los hijos menores), la irretroactividad sólo podría plantearse respecto a la imposibilidad de que esos deberes puedan ser ya cumplidos por el progenitor tardíamente determinado en el momento en el que deberían haberlo sido, por tratarse de un tiempo pasado, pero no en el sentido de no poder considerarse: a) nacidos y existentes tales deberes desde el momento en que se produjo la generación del hijo; b) incumplidos a partir de entonces por el progenitor obligado a ellos; y c) cumplidos, en su caso, en todo o en parte, por otro en su lugar.

---

<sup>7</sup> Vid. PEÑA BERNBALDO DE QUIRÓS, M., «Artículo 110», en VV.AA., *Comentarios a las reformas de Derecho de familia*, I, Tecnos, Madrid, 1984, p. 816, que los reúne bajo el nombre de deber de amparo; igualmente, COBACHO GÓMEZ, J. A., *La deuda alimenticia*, Montecorvo, Madrid, 1990, p. 73.

<sup>8</sup> Vid. BARBER CÁRCAMO, R., *La filiación en España: una visión crítica*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 73.

## 2.1. El deber de velar y el deber de instar la determinación completa de la filiación del hijo

Por lo que se refiere al deber de velar, aunque se ha dicho<sup>9</sup>, tratando del artículo 154 del Código civil, que no se diferenciaría del conjunto de los que en el en actual párrafo 3º, apartado 1, del citado precepto se mencionan (tener en la propia compañía al hijo, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral), nosotros pensamos que ello no es exacto puesto que los trasciende. Esta trascendencia se manifestaría, ciñéndonos a lo que nos interesa, en que el deber de velar contiene, además, el deber jurídico (no simple obligación natural) de los progenitores de instar la determinación completa de la filiación del hijo<sup>10</sup>, de modo que, en nuestro caso, tanto la madre cuya filiación está ya legalmente determinada, tiene que hacer lo posible por que la filiación quede determinada también respecto del padre, como el padre cuya filiación está por determinar, debe proceder a reconocer al hijo sin poner trabas a su determinación respecto de él, siempre que conozca la existencia del hijo o tenga sospechas razonables de que puede tenerlo, en cuyo caso previamente deberá llevar a cabo las actuaciones correspondientes para disipar esas dudas y cerciorarse de ello.

Como derivación de la retroactividad de los efectos de la determinación de la filiación a que antes nos hemos referido, nos encontraremos con que habrá que entender que ambos progenitores eran sujetos obligados por este deber de velar desde el nacimiento del hijo y, si la determinación de la filiación respecto del padre tuvo lugar tiempo después, ello implicará que ha habido un retraso en el cumplimiento de este deber por quien lo cumplió y un incumplimiento por quien no lo cumplió, de modo que si el retraso o el incumplimiento son imputables a uno u otro, deberá responder de las consecuencias de ello, uno u otro

---

<sup>9</sup> Vid. Díez GARCÍA, H., «Artículo 154», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Comentarios al Código civil, T. II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1571.

<sup>10</sup> Así lo entiende PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., op. cit., pp. 817 y 818, que habla de este deber dentro del deber general de amparo. Por su parte, BUSTOS MORENO, Y. B., «El resarcimiento del daño causado por la falta de reconocimiento de la filiación no matrimonial», en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (coord.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 138, al decir que el reconocimiento de un hijo no es un acto discrecional. Frente a ello, RODRÍGUEZ GUITIÁN, A., *Responsabilidad en el Derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones familiares*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 187 y 188, se manifiesta en contra de la existencia de este deber.

(art. 1101 a 1103 y 1135 CC), consecuencias entre las que se encuentra el deber de alimentar a los hijos menores, cuya exigibilidad depende de que esté determinada la filiación.

Esto quiere decir que tendremos que tener en cuenta la actitud de cada uno de los progenitores al respecto. Concretamente, habrá que estarse a si el padre conocía o podía tener sospechas razonables sobre su paternidad o no, y a si la madre pudo interponer con anterioridad la acción de filiación o no pudo hacerlo como consecuencia de la conducta impeditiva del padre o de una causa derivada de la voluntad de éste.

## 2.2. El deber de alimentar a los hijos menores

En cuanto al deber de alimentar a los hijos menores, ni de la «ley» ni de su «naturaleza» (art. 112 CC) se deduce la irretroactividad de tal efecto en los casos de determinación tardía de la filiación paterna.

No existe impedimento derivado de la «naturaleza» porque el aforismo que suele alegarse<sup>11</sup> en relación a ella (*in praeteritum non vivitur*) se refiere a la exigibilidad de los ya debidos, lo que supone el reconocimiento de la existencia previa de este deber. Tampoco creemos que el artículo 148, párrafo 1º del Código civil (que la jurisprudencia<sup>12</sup> considera aplicable entendiendo que el artículo 112 de este cuerpo legal se remite a su artículo 153 y de este último resultaría la aplicación de su artículo 148), pueda considerarse «ley» contraria a la retroactividad de los efectos de la determinación de la filiación en esta materia, puesto que, aparte de que nosotros no lo consideramos de aplicación en nuestro caso dadas las importantes diferencias existentes entre el deber de alimentos a los hijos menores y el deber de alimentos entre parientes<sup>13</sup>, dicho precepto, aunque establece que los alimentos cuyo abono puede

---

<sup>11</sup> Vid.: BARBER CÁRCAMO, R., op. cit., p. 90, o NANCLARES VALLE, J., «Art. 112», en CAÑIZARES LASO, A. / DE PABLO CONTRERAS, P. / ORDUÑA MORENO, J. / VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (dirs.), *Código civil comentado, I*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, p. 112.

<sup>12</sup> Vid., entre otras: STS (1ª) 29 julio 1994 (RJ 1994\6306); STS (1ª) 8 abril 1995 (RJ 1995\2991); STS (1ª) 29 septiembre 2016 (RJ 2016\4457); STS (1ª) 30 septiembre 2016 (RJ 2016\4844).

<sup>13</sup> Vid. STC 57/2005, 14 marzo (BOE núm. 93, 19 abril 2005) y STS (1ª) 27 noviembre 2013 (RJ 2013\7855).

ser exigido judicialmente son sólo los posteriores a la interposición de la demanda (segunda parte del art. 148, pfo. 1, CC), reconoce la previa existencia efectiva del deber de alimentos antes de la reclamación judicial (primera parte del art. 148, pfo. 1, CC), lo que en sede de alimentos entre parientes ocurriría desde el momento en que surge la necesidad en el alimentista existiendo posibilidad en el alimentante, y en nuestro caso desde el momento del nacimiento o generación, dado que los alimentos a los hijos menores no dependen de la necesidad.

Ahora bien, cosa distinta a la retroactividad de los efectos de la determinación de la filiación y al reconocimiento de la existencia del deber de alimentos desde el nacimiento, es la aplicabilidad del artículo 148, párrafo 1º, en su segunda parte, en cuanto determina que sólo puede exigirse el pago de los debidos a partir de la interposición de la demanda. La aplicabilidad de este precepto podría venir dada, no por la remisión a la «ley» del artículo 112 del Código civil, que como hemos visto es ajeno a esta cuestión, sino por lo establecido en el artículo 153 del mismo cuerpo legal, al establecer la aplicabilidad de las normas del deber de alimentos entre parientes a los demás casos en los que, en virtud de «este Código... se tenga derecho a alimentos, salvo.... lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate», entendiendo que no hay norma especial que disponga otra cosa en nuestro caso. Pues bien, si esto fuera así, puesto que la demanda de alimentos requiere la previa determinación legal de la filiación, resultaría que, de aplicar esta norma a los alimentos debidos al hijo menor por su padre, éste sólo debería satisfacerle los posteriores, tanto a la determinación judicial de la filiación, como a la interposición de la demanda de alimentos<sup>14</sup> y, partiendo de esta afirmación respecto al hijo alimentista, habría que concluir que la madre que durante todo ese tiempo estuvo alimentando al hijo, tampoco podría reclamar al padre el reembolso de lo satisfecho por ella pero debido por él, puesto que ni siquiera era exigible por el hijo. Este es precisamente el razonamiento fundamental empleado por el Tribunal Supremo cuando ha resuelto sobre la acción de la madre planteada por la vía del artículo 1158 del Código civil, en sus Sentencias de la Sala 1ª de 29 de septiembre de 2016 y de 30 de septiembre de 2016 (esta última del Pleno)<sup>15</sup>, a las que habría que añ-

---

<sup>14</sup> No obstante, cabe acumular la demanda de alimentos a la acción de filiación (art. 768.2 LEC).

<sup>15</sup> RJ 2016\4457 y RJ 2016\4844, respectivamente. Estas dos son las que consideramos

dir el Auto del Tribunal Constitucional, (Pleno) 301/2014, de 16 de diciembre de 2014<sup>16</sup>, que rechazando la cuestión de constitucionalidad planteada, ni siquiera entra en el fondo del asunto.

Nosotros nos oponemos a tales conclusiones ya que entendemos que existe una «ley» que regula el «caso especial» que tratamos y que impide la aplicación del artículo 148, párrafo 1, del Código civil<sup>17</sup>, conforme a lo previsto por el artículo 153 del mismo texto legal. Esta «ley»

---

más importantes, pero pueden citarse otras. Así, en casos de determinación tardía de la filiación, vid. también: STS (1ª) 8 abril 1995 (RJ 1995\2991); STS 30 octubre 2012 (RJ 2012\10129); STS (1ª) 14 julio 2016 (RJ 2016\2970). Cuando se trata de determinar la pensión alimenticia en casos de separación y divorcio, igualmente se aplica el artículo 148, párrafo 1º, del Código civil, pero se distingue según se trate de instaurar por primera vez dicha pensión o se trate de modificar una pensión previamente establecida variando su cuantía, pudiéndose citar al respecto: STS (1ª) 3 octubre 2008 (RJ 2008\7123); STS (1ª) 6 octubre 2016 (RJ 2016\4737); STS (1ª) 23 junio 2015 (RJ 2015\2655) y las que allí se citan; STS (1ª) 19 junio 2018 (RJ 2018\2667); STS (1ª) 20 febrero 2019 (RJ 2019\615); STS (1ª) 5 noviembre 2019 (RJ 2019\4497); STS (1ª) 6 febrero 2020 (RJ 2020\321); STS (1ª) 30 noviembre 2020 (RJ 2020\5354); STS (1ª) 13 enero 2022 (RJ 2022\435); STS (1ª) 23 febrero 2022 (JUR 2022\90480).

<sup>16</sup> BOE núm. 29, 3 febrero 2015.

<sup>17</sup> En contra de la aplicación del artículo 148, párrafo 1º, segunda parte, del Código civil, a los alimentos debidos a los hijos menores, se manifiestan: RUIZ-RICO RUIZ, J., op. cit.; SÁNCHEZ JORDÁN, M. E., «Reclamación de reembolso de cantidades satisfechas por la madre para el mantenimiento y atención del hijo menor desde su nacimiento. Comentario a las SSTs (Sala de lo Civil, Pleno) números 573/2016 y 574/2016, de 29 y 30 de septiembre (RJ 2016, 4457 y RJ 2016, 4844)», *Revista de Derecho Patrimonial*, disponible en <https://proview-thomsonreuters-com.ponton.uva.es/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fperiodical%2F106864489%2Fv20170042.2&titleStage=F&titleAcct=i0adc419b00000146ec035863f9d412c3#sl=e&eid=14f69b5e1511cb7d35de2e9668c1d542&eat=a-186802942&pg=&psl=&nvgS=false> [Consulta: 4 mayo 2022]; BELUCHE RINCÓN, I., «La obligación de alimentar a los hijos menores (especialmente en supuestos de reconocimiento judicial de la filiación)», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2018, disponible en [https://proview-thomsonreuters-com.ponton.uva.es/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fperiodical%2F106864489%2Fv20180045.3&titleStage=F&titleAcct=i0adc419b00000146ec035863f9d412c3#sl=e&e\\*id=973bbf921b55be33aa766c1569cc9cc8&eat=a-201143992&pg=&psl=&nvgS=false](https://proview-thomsonreuters-com.ponton.uva.es/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fperiodical%2F106864489%2Fv20180045.3&titleStage=F&titleAcct=i0adc419b00000146ec035863f9d412c3#sl=e&e*id=973bbf921b55be33aa766c1569cc9cc8&eat=a-201143992&pg=&psl=&nvgS=false) [Consulta: 11 enero 2022], pp. 6 y ss.; FARNÓS AMORÓS, E., «Impugnaciones inesperadas, determinaciones tardías y abono de alimentos», en BARBER CÁRCAMO, R. / QUICIOS MOLINA, S. / VERDERA SERVER, R. (coords.), *Retos actuales de la filiación*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 287 y 289. También se manifiestan en contra, aunque con matizaciones: CUENA CASAS, M., «Art. 148», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código civil*, T I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1497, para la que, en casos de determinación judicial de la filiación, la aplicación del artículo 148 del Código civil, «quizá» esté justificada, al evitar que «al alimentante declarado

es el artículo 110 del Código civil, interpretado a la luz del artículo 39 de la Constitución, y más concretamente, de su apartado 3, del que es concreción. De ello resulta, como ya vimos, que tanto el padre como la madre han de satisfacer los alimentos a los hijos menores durante toda la minoría de edad y sin limitación temporal alguna y sin discriminación derivada del estado civil de los progenitores o el tipo de filiación del hijo, conclusión reforzada por el respeto al principio del interés superior del menor y protección integral de los hijos. Hemos de recalcar que con «durante toda la minoría de edad», queremos decir «desde el nacimiento», tal y como se deduce del texto constitucional al referirse a la minoría de edad en su integridad<sup>18</sup>.

Por consiguiente, la eficacia retroactiva de la determinación de la filiación (art. 112 CC) lleva: 1. A considerar existente el deber de ambos progenitores de alimentar al hijo menor desde el momento mismo del nacimiento y, 2. Conforme al artículo 110 del Código civil interpretado a la luz del artículo 39.3 de la Constitución y la no aplicabilidad del artículo 148, párrafo 1 del Código civil, a entender exigibles por el hijo los no percibidos desde ese momento con el límite de la prescripción (5 años, art. 1966.1<sup>º</sup> CC), de modo que, en nuestro caso, el hijo podrá exigir del padre incumplidor<sup>19</sup> el *plus* que debió percibir sobre los alimentos que satisfizo la madre cumpliendo ella sola el deber que pesaba sobre los dos, que podrá ser la integridad de lo que debió satisfacer el padre o lo que, siendo debido por éste, no llegó a ser cubierto

---

judicialmente progenitor se le puedan reclamar alimentos retroactivamente. Pero cuando un progenitor conoce la existencia de su hijo menor de edad y no le atiende, no me parece lógico que solo deba abonar las cantidades a partir de la interposición de la demanda cuando [...] tal deber no necesita ser reclamado judicialmente», insistiendo en p. 1498, en que los «alimentos a los hijos sujetos a patria potestad deben abonarse desde su nacimiento, dada la distinta naturaleza de la obligación de mantenimiento por parte de los progenitores que los justifica»; QUICIOS MOLINA, M. S., «Artículos 108 a 111», en RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 269, considera «discutible» que «el límite derivado de la aplicación del art. 148.1 [...] pueda entenderse aquí justificado para negar alimentos previos a la interposición de la demanda»; GREGORACI FERNÁNDEZ, B., «La filiación», en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (coord.), *Derecho de familia*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, p. 1625, entiende que en el caso de los hijos menores «la exigibilidad es inmediata y debe cumplirse sin esperar a que nadie interponga una demanda [...] pero] no parece que lo anterior conlleve el carácter retroactivo del deber de alimentos».

<sup>18</sup> Disentimos en este punto de RUIZ-RICO RUIZ, J., op. cit., que entiende que los alimentos se deben desde la determinación legal de la filiación.

<sup>19</sup> O en el caso extraño en que la incumplidora fuera la madre, de ésta.



por la madre que satisfizo más de lo que a ella le correspondía. Si esto es así, es decir, si la deuda de alimentos es exigible por el hijo a su padre desde el nacimiento (no desde la interposición de la demanda relativa a los mismos) y el padre ha de pagar o satisfacer los debidos desde entonces, la madre podrá reclamar a éste la parte de los alimentos satisfechos por ella pero que debió abonar él, todo ello teniendo en cuenta el patrimonio de ambos progenitores conjuntamente y partiendo de que la contribución a los alimentos por cada uno, ha de ser proporcional a su caudal respectivo.

Además, para terminar de caracterizar el deber que nace del artículo 39.3 de la Constitución en relación con el del artículo 110 del Código civil, diremos que se trata de una obligación no sólo legal (art. 1090 CC), sino, además, constitucional, por derivar de la propia Constitución, y pura (art. 1113 CC), por ser exigible «desde luego» y, aunque *ab initio* se configura como una obligación alternativa (art. 1131 CC en relación con el art. 149, pfo. 1, CC, por la vía del art. 153 CC), dado que el cumplimiento de la obligación alimenticia recibiendo y atendiendo al hijo en la casa del progenitor no puede ya ejecutarse de esa forma, habrá que entender acaecida la concentración (arts. 1132, pfo. 2, y 1134 CC)<sup>20</sup> en favor de la opción del pago de los alimentos a través de una pensión en dinero (art. 148, pfo. 2, CC); esta concentración, como consecuencia de los efectos retroactivos de la determinación de la filiación, habrá de entenderse ya producida en el momento en que se debieron satisfacer los alimentos y no se hizo, de modo que, desde entonces, estaremos ante una deuda de valor<sup>21</sup> que, cristalizará en deuda dinero en el momento en que se fije su cuantía con vistas a su pago.

---

<sup>20</sup> Vid. sobre esta cuestión, en relación al artículo 149 del Código civil, PADIAL ALBÁS, A., *La obligación de alimentos entre parientes*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 187 y ss.; en general, MARÍN LÓPEZ, M. J., «Artículos 1131 al 1136», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 1470.

No obstante, ha de tenerse en cuenta que la elección por parte del alimentante, no siempre hubiera cabido, ni siquiera, aunque se hubiese pretendido cumplir con el deber de alimentos desde el mismo momento del nacimiento, tal y como resulta del párrafo 2º, del artículo 149 del Código civil.

<sup>21</sup> Así la configura en general la doctrina, cuando no se ejercita la opción del artículo 149 del Código civil. Así, vid.: CUENA CASAS, M., «Artículo 147», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código civil*, I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1490 y 1491.

### 3. Reclamación por el hijo, de los alimentos no percibidos por él y que debió satisfacerle el padre

Una vez determinada judicialmente la filiación paterna, el hijo podrá exigir al padre los alimentos debidos por él desde el momento del nacimiento y no satisfechos ni por él ni por la madre en su lugar, con el límite de la prescripción (art. 1966.1º CC, 5 años) en relación a cada una de las pensiones que debieron entregarse (art. 148, pfo. 2º, CC). Durante la minoría de edad, tal reclamación podrá hacerse por la madre como representante legal del hijo y, una vez alcanzada la mayoría de edad, por el propio hijo. Ahora bien, como para poder interponer esta acción, es necesario que previamente esté determinada la filiación respecto al padre, si la acción de filiación no hubiera podido ejercitarse por la conducta impeditiva de éste u otra causa, habrá que entender suspendida la prescripción<sup>22</sup> de la acción para reclamar los alimentos atrasados hasta que dichas circunstancias desaparecieran.

---

<sup>22</sup> La suspensión no está reconocida expresamente por nuestro Código civil, pero sí por los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL, Comisión Lando, art. 12:203) y en el art. III-7:203 del Marco Común de Referencia (DCFR). Vid. sobre ello, DOMÍNGUEZ LUELMO, A. / ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., «La prescripción en los PECL y en el DCFR», *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 2009, pp. 1-29, [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/654\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/654_es.pdf) [Consulta: 9 mayo 2022], pp. 14 y 15, y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Artículo 1969», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.), *Comentario a al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 2134 y 2135, Entre la doctrina favorable a la suspensión en nuestro derecho, vid. UREÑA MARTÍNEZ, M., *La suspensión de la prescripción extintiva en el derecho civil*, Comares, Granada, 1997, en especial, pp. 100 y ss., 220 y ss. y 326 y ss.; igualmente, RIVERO HERNÁNDEZ, F., *La suspensión de la prescripción en el código civil español: estudio crítico de la legalidad vigente*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 138 y ss., el cual, en especial, p. 166.

Por otra parte, la STS (1ª) 25 enero 1962 (CENDOJ: Roj: STS 279/1962 - ECLI:ES:TS:1962:279), dictada para un caso en el que el hecho impeditivo había sido la guerra civil, declara que cuando la imposibilidad deriva de la Ley, la fuerza mayor o la convención, la prescripción no comenzará a correr hasta el día en que cese esa imposibilidad; teniendo esto en cuenta, podríamos decir que en nuestro caso la imposibilidad deriva de un hecho que podríamos calificar de fuerza mayor (la conducta coactiva del padre u otro tipo de situaciones –desaparición, ausencia...-). Vid. también, sobre el criterio subjetivo en el cómputo de los plazos de prescripción, DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P., «Artículos 1961 al 1976», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 2433.

Además de las cantidades relativas a los alimentos no pagados en su momento, el hijo (o su madre en representación suya) podrá reclamar al padre la indemnización de los daños y perjuicios causados por el retraso en el pago, si bien para ello deberá haber incurrido en culpa o negligencia, lo cual sólo se dará si conocía o tenía razones suficientes para conocer o sospechar que tenía un hijo, en cuyo caso podrá apreciarse mora automática por su parte (art. 1100, pfo. 2 CC).

Ha de observarse que como la deuda de alimentos es una deuda de valor cuya cuantía quedará fijada en la sentencia, no se aplicará el artículo 1108 del Código civil, relativo a la mora las deudas de suma. No obstante, como en la demanda se reclamará una cantidad determinada, si el padre la discute infundadamente, podría traerse a colación el criterio de la no «razonabilidad de la oposición»<sup>23</sup> que actualmente ha superado en la jurisprudencia al principio *in illiquidis non fit mora*, lo que permitiría aplicar los intereses moratorios del último precepto citado a la cantidad reclamada en la demanda.

#### **4. Reclamación por la madre, del reembolso de las cantidades empleadas por ella en alimentar al hijo pero que debieron ser satisfechas por el padre**

Como la obligación de alimentar a los hijos menores pesa sobre ambos progenitores desde el nacimiento (aunque la filiación respecto a uno de ellos sea determinada más tarde), su cuantía se calculará teniendo en cuenta conjuntamente el patrimonio de los dos. Pues bien, ya se considere esta deuda como mancomunada parciaria (por no presumirse la solidaridad, art. 1137 CC, y ser cada uno deudor en proporción a su patrimonio, art. 145, pfo. 1 CC), o solidaria (dado el carácter

---

<sup>23</sup> Vid. COLINA GAREA, R., «Artículos 988 al 1009», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 1433. También, STS (1ª) 24 septiembre 2002 (RJ 2002\7920); STS (1ª) 17 noviembre 2004 (RJ 2004\7239); Acuerdo de la Sala 1ª, Junta General, 20 diciembre 2005, <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/-Acuerdo-de-20-de-diciembre-de-2005--sobre-Intereses-moratorios> [Consulta: 32 abril 2022]; STS (1ª) 9 febrero 2007 (RJ 2007\1285); STS (1ª) 12 febrero 2009 (RJ 2009\1485); STS (1ª) 7 abril 2009 (RJ 2009\3289); STS (1ª) 5 diciembre 2011 (RJ 2012\29); STS (1ª) 24 abril 2012 (RJ 2012\6096); STS (1ª) 5 febrero 2018 (RJ 2018\347).

conjunto de la patria potestad, art. 156 CC), cuando la madre ha satisfecho los alimentos al hijo por encima de lo que le correspondía, este exceso, salvo que estuviere injustificado, podrá ser reclamado al padre, ya con base en el artículo 1894 (puesto que la madre no puede ser de peor condición que un extraño<sup>24</sup>) y el artículo 145, párrafo 2 del Código civil (interpretado con un criterio lógico), en el primer caso, ya con base en el artículo 1145, párrafo 2<sup>25</sup>, del citado cuerpo legal, en el segundo.

Ahora bien, aunque la madre podrá exigir al padre el reembolso del *plus* acumulado desde el nacimiento, ello será con el límite de la prescripción (5 años, art. 1964 CC) que se iría produciendo sucesivamente respecto a lo correspondiente a cada una de las mensualidades en las que el padre debió satisfacer los alimentos y no lo hizo.

Por otra parte, como la reclamación del reembolso por parte de la madre, requerirá la previa determinación de la filiación, si la madre no interpuso la acción de reclamación de ésta respecto al padre, por la actitud impeditiva de éste, habrá que entender suspendida la prescripción de la acción de reembolso hasta que dicha actitud hubiera cesado; lo mismo habrá que entender si no pudo interponer la acción por otra causa ajena a la voluntad del padre. Ahora bien, si éste ignora la existencia de su hijo y tampoco puede tener sospechas fundadas de que lo tiene, y la madre, pudiendo interponer la acción de reclamación de la filiación respecto de él, no lo hace, dejando pasar el tiempo sin dar noticia de ello al padre, creemos que no podrá reclamarle el reembolso de lo que ella satisfizo de más, puesto que habrá que entender que decidió unánimemente asumir para sí el cumplimiento de la obligación de alimentos a cambio de reservarse la compañía, educación y cariño del hijo, y privar de todo ello al padre, con lo que su reclamación de reembolso supondría ir contra la buena fe y sus propios actos<sup>26</sup>; además, creemos que, por su parte, el padre podría exigirle responsa-

---

<sup>24</sup> Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Artículo 145», en V.V.A.A., *Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 529 y 530; SÁNCHEZ JORDÁN, M. E., op. cit.

<sup>25</sup> Vid.: SÁNCHEZ JORDÁN, M. E., op. cit.; BELUCHE RINCÓN, I., op. cit., p. 9; GREGORACI FERNÁNDEZ, B., op. cit., p. 1625; AMMERMAN YEBRA, J., *Las madres solas ante los tribunales, La Administración y las leyes: ¿se perpetúa la discriminación?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 46.

<sup>26</sup> En la jurisprudencia, entiende que la madre renuncia a los alimentos anteriores a la presentación de la demanda, la STS (1ª) 6 noviembre 1984 (RJ 1984\5443).

bilidad civil extracontractual por los daños morales que le ha ocasionado su conducta, al haberle privado de su hijo durante todo ese tiempo.

Por otra parte, la madre podrá solicitar también los intereses legales de la cantidad reclamada desde la interposición de la demanda o desde la reclamación extrajudicial, puesto que estamos ante una deuda de suma (art. 1108 CC) y, en el caso de que el padre demandando discutiera de forma irrazonable la cuantía, podría entenderse inaplicable el brocardo *in illiquidis no fit mora*, a los efectos de reconocer dichos intereses moratorios a pesar de la iliquidez, tal y como ya explicamos más arriba.

### Propuesta *de lege ferenda*

Aunque la no aplicabilidad del artículo 148, párrafo 1º, del Código civil a los alimentos debidos a los hijos menores de edad, puede defenderse, tal y como hemos hecho nosotros en esta comunicación, a través de la vía interpretativa, creemos que, para mayor claridad, sería recomendable una reforma legislativa que introdujera las siguientes modificaciones en ciertos artículos del citado cuerpo legal:

- El artículo 110 debería pasar a decir: «El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y prestarles alimentos durante toda la minoría de edad».
- Habría que añadir al final del párrafo 1º del artículo 112, una tercera proposición, del siguiente tenor: «La retroactividad se producirá siempre respecto al deber de alimentar a los hijos menores».
- Por último, sería recomendable intercalar entre el primer y segundo párrafo del actual artículo 148, un nuevo párrafo, que dijera: «El párrafo anterior no será de aplicación a la obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad»<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Estaríamos en este punto, en la línea propuesta por, ÁLVAREZ MERINO, J., op. cit., pero no tanto con la de FERRER RIBA, J., «Los efectos de la filiación y su restricción o exclusión», en *Retos actuales de la filiación*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 300, que se inclina por considerar sólo exigibles los alimentos desde que el progenitor «conoció o pudo razonablemente conocer su

## Bibliografía

ALONSO PÉREZ, M., «La familia y el Derecho de familia», en YZQUIERDO TOLSADA, M. / CUENA CASAS, M. (dirs.), *Tratado de Derecho de la familia*, I, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017, pp. 53-191.

ÁLVAREZ MERINO, J., «Los alimentos de los hijos menores: art. 39.3 CE versus art. 148.1 CC», *Revista de Derecho de Familia, El Derecho*, 2013, disponible en NEO - Lefebvre (elderecho.com), [https://online.elderecho.com/seleccionProducto.do;jsessionid=DCE1ED-DEB5531375745F0EAD97879F93.TC\\_ONLINE01?producto=UNIVERSAL&javascriptInicial=presentarSeccionMiBiblioteca\(%27revistas%27\)#%2Fpresentar.do%3Fnref%3D2013%2F1007091%26anchor%3Dundefined](https://online.elderecho.com/seleccionProducto.do;jsessionid=DCE1ED-DEB5531375745F0EAD97879F93.TC_ONLINE01?producto=UNIVERSAL&javascriptInicial=presentarSeccionMiBiblioteca(%27revistas%27)#%2Fpresentar.do%3Fnref%3D2013%2F1007091%26anchor%3Dundefined) [Consulta: 23 marzo 2022].

AMMERMAN YEBRA, J., *Las madres solas ante los tribunales, La Administración y las leyes: ¿se perpetúa la discriminación?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

BARBER CÁRCAMO, R., *La filiación en España: una visión crítica*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

BELUCHE RINCÓN, I., «La obligación de alimentar a los hijos menores (especialmente en supuestos de reconocimiento judicial de la filiación)», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2018, disponible en [https://pro-view-thomsonreuters-com.ponton.uva.es/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fperiodical%2F106864489%2Fv20180045.3&titleStage=F&titleAcct=i0adc419b00000146ec035863f9d412c3#sl=e&\\*id=973bbf921b55be33aa766c1569cc9cc8&eat=a-201143992&pg=&ppl=&nvgS=false](https://pro-view-thomsonreuters-com.ponton.uva.es/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fperiodical%2F106864489%2Fv20180045.3&titleStage=F&titleAcct=i0adc419b00000146ec035863f9d412c3#sl=e&*id=973bbf921b55be33aa766c1569cc9cc8&eat=a-201143992&pg=&ppl=&nvgS=false)

[Consulta: 11 enero 2022].

BUSTOS MORENO, Y. B., «El resarcimiento del daño causado por la falta de reconocimiento de la filiación no matrimonial», en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (coord.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 129-159.

COBACHO GÓMEZ, J. A., *La deuda alimenticia*, Montecorvo, Madrid, 1990.

---

condición de tal», línea en la que se manifiesta CUENA CASAS, M., «La resistencia a la retroactividad en el pago de alimentos a menores de edad (una reflexión de *lege ferenda*)», *Hay Derecho*, 2016, disponible en <https://www.hayderecho.com/2016/03/16/la-resistencia-a-la-retroactividad-en-el-pago-de-alimentos-a-menores-de-edad-una-reflexion-de-lege-ferenda/> [Consulta: 11 enero 2022].

COLINA GAREA, R., «Artículos 988 al 1009», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 1256-1290.

CUENA CASAS, M., «Artículo 147», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código civil*, I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1486-11492.

CUENA CASAS, M., «Art. 148», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código civil*, I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1493-1502.

CUENA CASAS, M., «La resistencia a la retroactividad en el pago de alimentos a menores de edad (una reflexión de *lege ferenda*)», *Hay Derecho*, 2016, disponible en <https://www.hayderecho.com/2016/03/16/la-resistencia-a-la-retroactividad-en-el-pago-de-alimentos-a-menores-de-edad-una-reflexion-de-lege-ferenda/> [Consulta: 11 enero 2022]

DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Artículo 145», en V.V.A.A., *Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 528-530.

DÍEZ GARCÍA, H., «Artículo 154», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Comentarios al Código civil*, II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1557-1582.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Artículo 1969», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.), *Comentario a al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 2134-2135.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A. / ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., «La prescripción en los PECL y en el DCFR», *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 2009, pp. 1-29, [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/654\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/654_es.pdf) [Consulta: 9 mayo 2022].

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P., «Artículos 1961 al 1976», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 2407-2448.

FARNÓS AMORÓS, E., «Impugnaciones inesperadas, determinaciones tardías y abono de alimentos», en BARBER CÁRCAMO, R. / QUICIOS MOLINA, S. / VERDERA SERVER, R. (coords.), *Retos actuales de la filiación*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 270-296.

FERRER RIBA, J., «Los efectos de la filiación y su restricción o exclusión», en *Retos actuales de la filiación*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Tecnos, Madrid, 2018.

GREGORACI FERNÁNDEZ, B., «La filiación», en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (coord.), *Derecho de familia*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, p. 1625, pp. 1607-1630.

MARÍN LÓPEZ, M. J., «Artículos 1131 al 1136», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 1466-1472.

MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., «Reembolso a la madre de lo satisfecho por alimentos debidos al hijo por el padre en CASO de determinación judicial tardía de la filiación paterna no matrimonial: un estudio desde la perspectiva del deber constitucional de asistencia», *Revista de Derecho Civil*, 2022, pp. 87-155.

NANCLARES VALLE, J., «Art. 112», en CAÑIZARES LASO, A. / DE PABLO CONTRERAS, P. / ORDUÑA MORENO, J. / VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (dirs.), *Código civil comentado, I*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 616-618.

PADIAL ALBÁS, A., *La obligación de alimentos entre parientes*, Bosch, Barcelona, 1997.

PEÑA BERNBALDO DE QUIRÓS, M., «Artículo 110», en VV.AA., *Comentarios a las reformas de Derecho de familia, I*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 815-820.

QUICIOS MOLINA, M. S., «Artículos 108 a 111», en RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 262-271.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., *La suspensión de la prescripción en el código civil español: estudio crítico de la legalidad vigente*, Dykinson, Madrid, 2004, pp.

ROCA TRÍAS, E., «Artículo 39», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. / CASAS BAAMONDE, M. E. (dirs.), *Comentarios a la Constitución española*, Boletín Oficial del Estado, Fundación Wolters Kluwer, Ministerio de Justicia y Tribunal Constitucional, Madrid, 2018, pp. 533-566.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A., *Responsabilidad en el Derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones familiares*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

RUBIO TORRANO, E., «Los alimentos del art. 148, párrafo primero *in fine* del Código Civil, y el art. 39.3 de la Constitución», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2016, disponible en <https://proview-thomson-reuters-com.ponton.uva.es/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fperiodical%2F106864489%2Fv20180045.3&titleStage=F&titleAcct=i0adc419b00000146ec035863f9d412c3#sl=e&eid=97>



3bbf921b55be33aa766c1569cc9cc8&eat=a-201143992&pg=&psl=&nvgS=false [Consulta: 11 enero 2022].

RUIZ-RICO RUIZ, J., «Los efectos de la determinación de la filiación: ¿Automaticidad o supervisión previa?», *Revista de Derecho de Familia*, 2020, disponible en <https://proview-thomsonreuters-com.ponton.uva.es/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fperiodical%2F128048065%2Fv20200086.2&titleStage=F&titleAcct=i0adc419b00000146ec035863f9d412c3#sl=pi&eid=b66a89e7641b0cc2f1dd7ce4791e2fe7&eat=a-228398834&pg=&psl=&nvgS=false> [Consulta: 11 enero 2022]

SÁNCHEZ JORDÁN, M. E., «Reclamación de reembolso de cantidades satisfechas por la madre pare el mantenimiento y atención del hijo menor desde su nacimiento. Comentario a las SSTs (Sala de lo Civil, Pleno) números 573/2016 y 574/2016, de 29 y 30 de septiembre (RJ 2016, 4457 y RJ 2016, 4844)», *Revista de Derecho Patrimonial*, disponible en <https://proview-thomsonreuters-com.ponton.uva.es/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fperiodical%2F106864489%2Fv20170042.2&titleStage=F&titleAcct=i0adc419b00000146ec035863f9d412c3#sl=e&eid=14f69b5e1511cb7d35de2e9668c1d542&eat=a-186802942&pg=&psl=&nvgS=false> [Consulta: 4 mayo 2022].



# Diritto all'ascolto e soggettività delle persone minori e neo maggiorenni allontanate dalla famiglia di origine

*Veronica Rita Miarelli*

**ABSTRACT:** La tutela dei diritti della personalità, con un'analisi specifica circa il diritto all'ascolto della persona, insieme agli interventi in favore di coloro che al compimento della maggiore età vivono fuori dalla famiglia di origine, i c.d. Care leavers, sono oggetto della presente analisi, in relazione al principio *"the best interest of the child"*. Nel lavoro si tiene conto del diritto interno, sovranazionale e dei valori costituzionali.

**RESEMEN:** La protección de los derechos de la personalidad, con un análisis específico del derecho de la persona a ser oída, junto con las intervenciones en favor de quienes, al alcanzar la mayoría de edad, viven fuera de su familia de origen, los llamados *"Care leavers"*, son objeto de este análisis, en relación con el principio del *"interés superior del menor"*. En la obra se tienen en cuenta la legislación nacional, la supranacional y los valores constitucionales.

**SOMMARIO:** 1. Le Famiglie – 1.1. Le famiglie e la loro funzione educativa – 1.2. Genitorialità da luogo sociale – 1.3. I Care leavers – 2. Modelli di assistenza – 2.1. Allontanamento dalla famiglia di origine: affidamento e adozione – 2.2. L'interesse del minore e criterio del bilanciamento – 3. L'ascolto informato – 3.1. Fonti internazionali e nazionali – 3.2. L'ascolto del minore anche in relazione ai suoi limiti: il diritto a non essere ascoltato – 4. Conclusioni.

## 1. Le famiglie

### 1.1 Le famiglie e la loro funzione educativa

L'etimologia della parola *famiglia* è da ricondursi al termine osco *faama* cioè *casa*, da cui il latino *famīlia*, cioè l'insieme dei *famūli*: moglie, figli, servi e schiavi del *pater familias* il capo della *gens*<sup>1</sup>. Sotto l'aspetto antropologico e sociologico, la famiglia è un gruppo sociale caratterizzato dalla residenza comune, dalla cooperazione economica, e dalla riproduzione; seguono poi una serie di formule espressive che si sono sviluppate nel corso degli anni, in cui la presenza di un aggettivo ne specifica il significato come: famiglia nucleare, famiglia ristretta, famiglia estesa, famiglia allargata, famiglia patriarcale, famiglia di fatto, famiglia monogamica o poligamica, famiglia arcobaleno e così via<sup>2</sup>.

Si approda dunque, all'ampio arcipelago, sparso nelle acque del pluralismo etico, fatto di tante isole, talora molto lontane da quella delle origini; la quale, tuttavia, anche se abbondantemente erosa, continua ad esserci mantenendo intatto il suo nucleo essenziale comunionale. Dinanzi a questa geografia della famiglia, ben intesa «quale funzione della persona» il rapporto tra l'essere e il dover essere è diretto non soltanto da regole a struttura ipotetica, ma prima di tutto da regole di principio, che rendono l'ordinamento flessibile, poroso, dotandolo dei criteri di selezione dei principi di rilevanza e di definizione dei relativi contenuti<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Definizione in <https://www.etimoitaliano.it>; v. anche PERLINGIERI, P., *Rapporti personali nella famiglia*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli, 1982.

<sup>2</sup> ZATTI, P., «Familia, familiae – Declinazione di un'idea. La privatizzazione del diritto di famiglia», *Familia*, 2022, p. 32; v. anche IRTI, C., «Nuovi modelli familiari e tutela del minore nella crisi del rapporto di coppia», in CORDIANO, A., SENIGAGLIA, R., (a cura di), *Diritto civile minorile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022, pp. 159 ss; Cass., 20 aprile 2020, n.7932; Cass., 07 ottobre 2019, n. 24934.

<sup>3</sup> SENIGAGLIA, R., «Cristianesimo, diritto civile, "famiglie": evoluzione di un radicamento culturale», *Rass. dir. civ.*, 2021, pp. 1525-1527. Cfr. anche PERLINGIERI, P., *Rapporti personali nella famiglia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1982, p. 19; PERLINGIERI, P., CHIAPPETTA, G., *Questioni di diritto delle famiglie e dei minori*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017; PROSPERI, F., *La famiglia non "fondata sul matrimonio"*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1978; RUSCELLO, F., *L'istruzione*

Tuttavia, in nessuna norma scritta del nostro ordinamento è possibile rinvenire una nozione del concetto di "famiglia", infatti, la descrizione, sopra citata, risente della diffusione a livello storico-sociale del modello di famiglia tradizionale fondata sull'istituto giuridico del matrimonio cui si legavano gli istituti della filiazione, della parentela e della affinità<sup>4</sup>.

## 1.2. Genitorialità da luogo sociale

Nella complessità delle relazioni familiari contemporanee assume maggiore rilevanza il fenomeno della genitorialità sociale, che vede un soggetto adulto svolgere il ruolo di genitore nei confronti di chi è biologicamente e legalmente figlio d'altri e con il quale gli è impossibile costituire un rapporto giuridico di filiazione. In tutti questi contesti il termine "famiglia" si allarga a ricomprendere situazioni di fatto che prescindono dall'esistenza di legami giuridicamente riconosciuti, radicandosi in un investimento affettivo intenso e duraturo che, il più delle volte, travalica il ristretto ambito della c.d. famiglia nucleare ovvero composta da soggetti adulti e prole con essi convivente, per estendersi e coinvolgere i parenti sociali.

Il tema della genitorialità, storicamente legato alla naturalità del concepimento e del nascere, è stato soggetto negli ultimi lustri a una importante revisione. Nelle legislazioni avanzate si registra, infatti, pur con diversità di toni, il passaggio da un modello esclusivo e singolare, unicamente centrato sull'idea borghese di famiglia

---

*tra scuola e famiglia: tecniche di tutela della persona*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992; PERLINGIERI, P., «Art. 29, Art. 30», in ID, *Commento alla Costituzione italiana*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001, pp. 185-198.

<sup>4</sup> Tuttavia, l'esperienza contemporanea segna un significativo incremento della formulazione di nuclei sociali conviventi legati da relazioni affettive stabili che prescindono dal modello tradizionale come quello previsto dalla l. 20 maggio 2016, n. 76, attraverso la quale è stata introdotta l'unione civile, quale vincolo giuridico riservato alle persone dello stesso sesso e una disciplina specifica in materia di convivenza. IRTI, C., «Nuovi modelli familiari e tutela del minore nella crisi del rapporto di coppia», op. cit., p. 160; GOLOMBOK, S., *Famiglie moderne: genitori e figli nelle nuove forme di famiglia*, Elsevier Italia, Milano, 2016, pp. 20 ss.

matrimoniale ed eterosessuale, a un sistema aperto, nel quale perdono importanza i caratteri della matrimonialità e della eterosessualità<sup>5</sup>.

Si potrebbe, così, ricavare una visione più ampia di genitorialità; una genitorialità che nasce e si trasforma non solo attraverso la presenza di due persone adulte, ma anche attraverso un servizio o un luogo. Si discorre, a tal proposito, di “genitorialità da luogo sociale”<sup>6</sup>.

Il nostro ordinamento, per le persone minori allontanate dalla famiglia di origine, prevede delle misure di protezione, ma, una volta raggiunta la maggiore età, queste, non sempre possono tornare dalla famiglia di origine. L’idea più ampia del concetto di genitorialità nasce proprio da questa situazione: concepire “un luogo”, per l’autonomia giovanile, che non abbia pareti impermeabili, non il classico gruppo in appartamento all’interno di una comunità in cui i giovani possono vivere insieme, ma andare oltre, attraverso una realtà diffusa in cui questi giovani, c.d. Care leavers possano condividere con i giovani di un territorio, di un paese, di una città, una prospettiva di politiche giovanili. Un luogo in cui i giovani possano scoprire e scoprirsi attraverso pratiche partecipative che contribuiscono a coltivare la capacità di aspirare a un futuro di benessere<sup>7</sup>.

Con genitorialità da luogo sociale, si ha l’idea che non siano solo gli addetti ai lavori, gli operatori dei servizi socio-sanitari, delle agenzie educative, della giustizia, dell’associazionismo ad accudire i giovani ma, più in generale, tutti gli adulti che sono a contatto con essi; ciò introduce un impegno nuovo e straordinariamente importante delle persone rispetto al giovane, un impegno a riappropriarsi della propria responsabilità di cittadini, a mettersi in gioco con la propria specificità personale, generazionale, professionale, istituzionale, in contrapposizione alla delega, ovvero all’idea che sia compito di qualcun altro.

---

<sup>5</sup> Sul concetto di genitorialità cfr. BARBA, V., «Tecniche procreative, genitorialità e interesse del minore», in CORDIANO, A., SENIGAGLIA, R., (a cura di), *op. cit.*, pp. 125-160.

<sup>6</sup> Nella regione Umbria, attraverso il progetto sperimentale Rockability, ora Territori Intrapendenti, si stanno applicando politiche d’intervento affinché i giovani Care leavers possano essere ascoltati e accuditi fino al raggiungimento della loro autonomia e non fino alla maggiore età. MORO, A. C., «Introduzione», *Infanzia e Adolescenza, Diritti e Opportunità: orientamenti alla progettazione degli Interventi previsti nella legge 285/97*, Centro nazionale di documentazione e analisi per l’infanzia e l’adolescenza, Firenze, 1998, pp. 1-3.

<sup>7</sup> BELOTTI, V., MAURI, D., «Gioventù brevi: care leavers e capacità di aspirare», *Minori giustizia*, 2019, pp. 192-200.

Da quanto affermato si deduce che le strutture portanti, i cardini dell'attività di tutela su cui poggia l'intervento d'aiuto e che contribuiscono a sostanziarne e qualificarne il percorso, sono la rete e il lavoro in équipe. In questo modo, tutti gli adulti divengono testimoni attivi capaci di valutare attentamente i segnali di disagio che trasmettono i giovani, contrastano i meccanismi di difesa come quello di negazione e di sottovalutazione che li fanno disconoscere, proteggendo e riparando in modo rigoroso e professionale i danni da loro subiti. Il lavoro in équipe costituisce, in quest'ottica, il prerequisite necessario e indispensabile del lavoro d'aiuto<sup>8</sup>.

L'idea di famiglia si forma, dunque, e si trasforma nel sentire comune attraendo nel suo alveo una pluralità di relazioni umane che fanno della comunione di vita materiale e spirituale l'elemento distintivo della specifica formazione sociale; formazione, questa, caratterizzata da rapporti stabili, duraturi, ispirata ai valori della solidarietà e della dedizione alla crescita, educazione e istruzione della prole, come previsto dagli artt. 2 e 30 della Costituzione<sup>9</sup>. È rispetto a tale idea di famiglia che dovrebbe essere valorizzato e tutelato il diritto dei soggetti minori di età al mantenimento di quelle relazioni familiari che considerano più significative anche all'esito dei problemi di coppia dei soggetti adulti con i quali convivono stabilmente, affinché il loro involontario coinvolgimento in dinamiche affettive complesse e in perenne evoluzione non pregiudichi il loro concreto diritto "a crescere in famiglia"<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> TALEVI, A., «Il lavoro d'équipe: tra disponibilità e allenamento al confronto», *Minori giustizia*, 2012, pp. 91-92.

<sup>9</sup> PERLINGIERI, P., CHIAPPETTA, G., *Questioni*, cit.; PERLINGIERI, P., «Aspetti dei rapporti familiari personali e patrimoniali», in *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, pp. 919 ss.; PERLINGIERI, P., «La famiglia senza matrimonio tra irrilevanza giuridica e l'equiparazione della famiglia legittima», *Rass. Dir. Civ.*, 1988, pp. 606 ss.; PERLINGIERI, P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1972, pp. 148 ss.

<sup>10</sup> IRTI, C., *op. cit.*, pp. 160-161.

### 1.3. I *Care leavers*

Quando si parla di *Care leavers*, come si è specificato poc' anzi nella varietà di definizioni e di situazioni che possono essere ricollegate a questa espressione<sup>11</sup>, si fa riferimento a tutti quei ragazzi e a quelle ragazze che, trovandosi in situazioni di particolare vulnerabilità, richiedono protezione e sostegno da parte delle istituzioni e che, una volta divenuti maggiorenni, perdono il diritto di essere protetti e supportati, trovandosi di colpo - e indipendentemente dalla contingenza del momento evolutivo, dal percorso personale e familiare di riparazione in atto e degli obiettivi educativi e formativi ancora da raggiungere - catapultati nel mondo degli adulti, spesso senza adeguati strumenti che garantiscano loro pari opportunità di integrazione e di realizzazione.

Tuttavia, dietro al concetto di vulnerabilità, non vi è uno status<sup>12</sup> personale ma vi è la persona umana e la particolare condizione nella quale la stessa si trova. Per tale motivo, la persona richiede una particolare protezione che non riguarda tutte le condotte o tutti i fatti che toccano o sono posti in essere da essa, ma solo quegli accadimenti che l'ordinamento considera meritevoli di una speciale attenzione proprio in relazione al contesto spaziale in cui gli stessi si verificano<sup>13</sup>.

La maggior parte dei *Care leavers* si ritrovano ad essere soggetti con una doppia vulnerabilità riconducibile all'essere giovani in tempi di perdurante incertezza e contemporaneamente giovani senza una rete familiare e una rete del welfare adeguata a sostenere la fase giovanile del loro percorso di vita. Questa condizione sociale, la debolezza, la mancanza dei legami familiari li spinge a "diventare grandi" molto prima dei loro coetanei, a dover rispondere agli

---

<sup>11</sup> V. § n. 2 "genitorialità da luogo sociale".

<sup>12</sup> PERLINGIERI, P., «Gli "status"», in *Lecture di diritto civile*, raccolte da ALPA, G., e ZATTI, P., Padova, 1990, pp. 167 ss.; PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, pp. 247 ss.; CRISCUOLI, G., «Variazioni e scelte in tema di status», *Riv. dir. civ.*, 1984, pp. 185 ss.; RESCIGNO, P., «Status, I) Teoria generale», *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993, pp. 1 ss.; PROSPERI, F., «Rilevanza della persona e nozione di status», *Rass. dir. civ.*, 1997, pp. 850 ss.

<sup>13</sup> CALLEGARI, A., «Il paradigma della vulnerabilità: brevi riflessioni per una riconfigurazione del dilemma equality-difference», *Questione Giustizia*, 2018, pp. 2-6; v. anche SPADARO, G., «La giurisdizione minorile ed i soggetti vulnerabili», *Minori giustizia*, 2019, pp. 51-53.



imperativi dell'autonomia individuale in tempi ristretti e a bruciare gli snodi di una fase del corso di vita complessa, ma irripetibile costruendo un futuro che si sovrappone al presente<sup>14</sup>.

Ad oggi, in Italia, la tematica dei neomaggiorenni che lasciano il percorso di cura non ha avuto negli anni particolare attenzione, nonostante alcune esperienze locali significative e innovative. Nel nostro Paese la sua presa d'atto istituzionale è recente e ancora affidata a una linea di finanziamento temporanea e per questo circoscritta a interventi sperimentali. Infatti, non sono ancora presenti programmi specifici per l'accompagnamento verso la loro autonomia raggiunta la maggiore età, eccetto l'istituto del prosieguo amministrativo attraverso il quale si offre a questi giovani la possibilità di essere "accuditi e accompagnati" fino al compimento del ventunesimo anno di età, consentendo loro di restare presso la famiglia affidataria o in comunità. Da questo istituto giuridico, risalente al R.D. 1404/1934, si assicura un'estensione del sostegno e dell'accompagnamento al neomaggiorenne che versa in situazioni di particolare disagio, di fatto "prolungando" giudizialmente il termine della piena autonomia, nel limite massimo di tre anni.

Ora, la fuoriuscita dal sistema di accoglienza dà come raggiunta l'autonomia individuale del ragazzo o della ragazza che si affaccia alla vita adulta in maniera indipendente. Questo "limite analitico", fissato con il raggiungimento dei ventuno anni, rappresenta il momento in cui il giovane è considerato a tutti gli effetti come individuo autonomo all'interno della società senza considerare più le condizioni di disagio materiale, psicologico o emotivo che magari sono ancora chiamati ad affrontare nella "vita reale" che li aspetta<sup>15</sup>.

Pertanto, raccomandare la presenza di mezzi di protezione dei soggetti vulnerabili si inserisce nella considerazione che tutelare gli aspetti collegati alla vulnerabilità altro non significa che avere a cuore la dignità della persona e, dunque, perseguire il fine primario dei valori costituzionali che è appunto rappresentato dalla tutela della persona<sup>16</sup>. Dunque, il giudice, sotto il profilo interpretativo ed

---

<sup>14</sup> BELOTTI, V., MAURI, D., *op.cit.*, p. 200.

<sup>15</sup> Sul concetto di autonomia personale, cfr. GARCÍA, M. B. T., «Autonomía personal de la mujer: la gestión de su persona y de sus bienes», in GARCÍA RUBIO, M. P. (dir.), VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (dir.), LÓPEZ DE LA CRUZ, L. (coord.), OTERO CRESPO, M. (coord.), *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1429-1471.

<sup>16</sup> PERLINGIERI, P., *op. ult. cit.*, pp. 12 ss.; PERLINGIERI, P., «Complessità e unitarietà

applicativo deve essere capace di offrire una tutela piena ed effettiva dei diritti fondamentali nella consapevolezza del composito sistema di norme, di matrice interna e sovranazionale. Anche laddove vi sia una regola che descrive una fattispecie linguisticamente chiusa e predeterminata, risultato di un bilanciamento operato a priori dal legislatore, il giudice non può fare a meno di comparare, volta per volta, principi e interessi coinvolti, perché l'attività interpretativa ha sempre carattere valutativo. Si interpreta bilanciando (interessi e valori) e si bilancia (no interessi e valori) interpretando<sup>17</sup> nel tentativo di ricercare il "migliore diritto possibile"<sup>18</sup>; il tutto nell'unitarietà dell'ordinamento giuridico ed alla sua piena applicazione<sup>19</sup>.

## 2. Modelli di assistenza

### 2.1. Allontanamento dalla famiglia di origine: affidamento e adozione

Attraverso l'applicazione di modelli di assistenza nonché di misure di protezione, in via preliminare, quando necessario, il figlio viene allontanato dalla famiglia.

La Convenzione Onu sui Diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza sancisce un consenso planetario riguardo alla necessità di considerare l'allontanamento dei minori dalla propria famiglia di origine quale

---

dell'ordinamento giuridico vigente», *Rass. di dir. Civ.* 2005, pp. 188-216.; PERLINGIERI, P., «La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale», *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 497 ss.; PENNASILICO, M., «Legalità costituzionale e diritto civile», *Rass. dir. civ.*, 2010, pp. 840 ss.

<sup>17</sup> PERLINGIERI, G., *Profili applicativi della ragionevolezza del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, pp. 123 ss.

<sup>18</sup> PERLINGIERI, G., «Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, p. 12.

<sup>19</sup> SPADARO, G., *op. cit.*, pp. 53-55. Cfr. anche LIPARI, N., «Diritti fondamentali e ruolo del giudice», in *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 126 ss.; MONTINARO, R., «Identità culturale e diritti della persona nelle relazioni familiari: la clausola generale dell'ordine pubblico internazionale ed il ruolo del giudice», *Jus*, 2020, pp. 5-41.

forma eccezionale di tutela a fronte di comprovate situazioni pregiudizievoli o di rischio.

Il rapporto tra genitori e figli non è piú inteso come esercizio di un potere nei riguardi del figlio, ma come responsabilità, la quale è lontana dalla situazione di soggezione del figlio al potere/dovere dei genitori, significando, piuttosto, l'assunzione di un obbligo del genitore verso il figlio di crescerlo nella piena osservanza dei suoi diritti per la migliore realizzazione del suo interesse<sup>20</sup>.

Tuttavia, con la Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 si sottolinea come al giovane debba essere garantito, prima di tutto, un contesto di crescita adeguato che gli consenta di esperire relazioni buone e nutrienti, garanzia per la costruzione di una personalità armonica e integrata; con ciò si garantisce protezione fisica e psicologica<sup>21</sup>. Coessenziale a questa indicazione è il principio presente nelle direttive del diritto internazionale, secondo il quale esiste comunque una priorità del diritto del minore ad essere educato nell'ambito della propria famiglia di sangue<sup>22</sup>.

Nel nostro ordinamento, l'allontanamento del figlio dalla casa familiare è previsto agli artt. 330 e 333 c.c., nei casi di violazione o trascuratezza dei doveri inerenti alla responsabilità genitoriale o abuso dei relativi poteri, con grave pregiudizio del figlio e in presenza di "gravi motivi" che il legislatore riconduce espressamente alla condotta maltrattante o abusante del genitore nei confronti del minore<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> SENIGAGLIA, R., «La semantica giuridica della responsabilità genitoriale», in *Annali online della Didattica e della Formazione Docente*, 2018, pp. 6-19; Cfr. BATTISTI, A., DI PRIAMO, C., MARTINEZ, L., «I minori ospiti delle strutture residenziali socio-assistenziali e socio-sanitarie», *Minori giustizia*, 2020, pp. 48, 49; ANCeschi, A., *Rapporti tra genitori e figli: profili di responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 27.

<sup>21</sup> PETRONELLI, M., «Lo stato di abbandono morale e materiale del minore alla luce della normativa interna e internazionale», *Il familiarista*, 2022, pp. 1 ss.; cfr. anche Cass., 01 febbraio 2022, n. 3059; BONCI, M. R., VIOLONI, G., «L'appropriatezza dell'allontanamento: le diverse possibili sistemazioni della vittima in protezione», *Minori giustizia*, 2012, p. 235.

<sup>22</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 13 giugno 2022, n. 19008; App. Perugia, 24 agosto 2020, n. 384; Cass. Civ., Sez. I, 23 giugno 2022, n. 20322; BATTELLI, E., «Il diritto del minore alla famiglia tra adottabilità e adozione, alla luce della giurisprudenza CEDU», *Dir. fam pers.*, 2021, p. 838; MOROZZO DELLA ROCCA, P., «Tutela minori» in *Comm. c.c. Gabrielli, Della Famiglia*, Utet, Torino, 2010, p. 8; ID., «Tutela e curatela del minore», in CORDIANO, A., SENIGAGLIA, R., (a cura di), *op. cit.*, p. 250; GORGONI, A., *Famiglie e minore età: dall'atto al rapporto*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 336.

<sup>23</sup> SENIGAGLIA, R., *La semantica*, cit., pp. 15, 16; VERCELLONE, P., «La potestà dei genitori: funzione e limiti interni» in *Tratt. dir. fam. Zatti, II, Filiazione*, Giuffrè, Milano, 2002,

La giurisprudenza<sup>24</sup>, ha ritenuto che le suddette misure hanno sia carattere sanzionatorio per gli inadempimenti già commessi, sia finalità preventivo-protettiva, perché mirano ad evitare la ripetizione dei danni già causati o la protrazione dei loro effetti<sup>25</sup>.

Dunque, rispetto all'art. 330 c.c., l'art. 333 c.c.<sup>26</sup> fa riferimento a condotte, tenute da entrambi i genitori o da uno soltanto, non così gravi da giustificare la decadenza dalla responsabilità genitoriale, ma che appaiono comunque pregiudizievoli al figlio.

In caso di allontanamento, sia gli affidamenti familiari sia l'accoglienza in strutture residenziali sono istituti disposti come misure temporanee di sostegno familiare e applicate con l'obiettivo principale di preparare il re-inserimento della persona di minore età nella propria famiglia di origine una volta superate le cause che lo hanno reso necessario<sup>27</sup>.

La giurisprudenza di legittimità<sup>28</sup> ha accolto le indicazioni del legislatore del 2001, considerando l'affidamento non una condizione giuridica destinata a divenire permanente ma solo una parentesi nel percorso di crescita in cui va comunque salvaguardato il legame con la famiglia di origine in riferimento sempre a quanto disposto dal provvedimento di affido familiare<sup>29</sup>.

---

p. 1043, il quale afferma che è necessario accertare un concreto pregiudizio.

<sup>24</sup> V. Cass. Civ. Sez. trib., 25 ottobre 2022, n. 31563; Cass. Civ. Sez. I, 01 febbraio 2016, n. 1872; Cass. Civ. Sez. I, 26 aprile 2010, n. 9956; Cass. Pen. Sez. VI, 29 ottobre 2009, n. 43288.

<sup>25</sup> BOIANO, I., «Allontanamento forzato dei figli ovvero sull'esecuzione forzata degli affetti», in *Note per "un diritto mite" delle relazioni familiari. L'audizione al CNB a nome dell'Associazione Differenza Donna*, 2022.

<sup>26</sup> Cfr., Trib. Min. Bologna, 2 febbraio 1977, n. 668; Cass. Civ. 24 febbraio 1982, n.794; La dottrina ha dato spessore alla riflessione sul ruolo del giudice nella dinamica del rapporto tra genitori e figli, v. anche DOGLIOTTI, M., «Patria potestà, diritti del minore e intervento del giudice», *Giur. Merito*, 1976, p. 44; BAVIERA, I., *Diritto minorile*, I, Giuffrè, Milano, 1976, pp. 46 ss.; RUSCELLO, F., «La potestà dei genitori. Rapporti personali. Artt. 315-319», in *Cod. civ. comm.* Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2006; ID., «Responsabilità dei genitori. I controlli. Artt. 330-335», in *Cod. civ. comm.* Schlesinger, cit., 2016.

<sup>27</sup> Cfr. *Comm. dir. fam.* Cian, Oppo e Trabucchi, Cedam, Padova, 1997, pp. 402-411.

<sup>28</sup> Cass. Civ., Sez. I, 10 novembre 2022, n. 33147; Cass. Civ., Sez. I, 14 luglio 2022, n. 22279.

<sup>29</sup> GORGONI, A., *op. cit.*, pp. 336 ss.; v. anche BALLARANI, G., «Art. 155. Provvedimenti riguardo ai figli», in PATTI, S., ROSSI CARLEO, L. (a cura di), *Provvedimenti riguardo i figli*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO, F., Zanichelli, Bologna, 2010, p. 46; Cass. Civ., Sez. I, 4 novembre 2019, n. 28257; Cass. Civ., Sez. I, 15 luglio 2014, n. 16175; Cass. Civ., Sez. I, 10 luglio 2014, n. 15861; ANCESCHI, A., *op. cit.*, p. 27;

A questo tipo di misura di affido si aggiunge quello presso una comunità di tipo familiare. La dimensione familiare della comunità deve adoperarsi per salvaguardarle e rafforzare i legami con la famiglia, creando sia occasioni concrete di coinvolgimento del nucleo familiare nei confronti del minore, sia favorendo l'elaborazione di tali legami, in accordo con le disposizioni del tribunale per i minorenni<sup>30</sup>.

La presenza e l'adeguatezza di strutture di transizione<sup>31</sup>, che garantiscono un sostegno quando viene a mancare quello della famiglia, sono necessarie per formare cittadini in pieno possesso dei loro diritti di cittadinanza, che siano quindi attori sociali consapevoli ed effettivamente autonomi. In linea generale però, le comunità per minori, anche note come *residential care* nel mondo anglosassone, sono realtà considerate come l'ultima spiaggia tra gli interventi possibili, sia in Italia sia a livello internazionale<sup>32</sup>; non a caso, l'ordinamento italiano privilegia l'affido familiare possibilmente dove vi siano altri minori e come ultima istanza prevede l'inserimento in comunità di tipo familiare<sup>33</sup>.

Ora, alla luce dell'evoluzione dei principi che regolano la materia, tra le varie misure di protezione disposte dal Tribunale per i Minorenni, come *extrema ratio* vi è quella dell'adozione. In ragione della drastica ingerenza che comporta sulla vita privata e familiare risulta proporzionata rispetto al fine perseguito e applicabile solamente ove tale soluzione coincida con il migliore interesse del minore, dovendosi altrimenti vagliare soluzioni meno estreme, che

---

BONCI, M. R., VIOLONI, G.: *op. cit.*, p. 235; PETRONELLI, M., *op. cit.*, pp. 1 ss.

<sup>30</sup> Per alcuni, il termine "contesti" e non famiglie ha un significato specifico in quanto trattasi spesso di nuclei più volte ricomposti nei quali gli elementi della frammentarietà e della discontinuità appaiono dominanti. GABRIELLI, G., MARCHESINI, M. F., «Le comunità per minori: contesti educativi e familiari» *Minori giustizia*, 2006, pp. 144,145.

<sup>31</sup> V. TIBOLLO, A., «Le comunità per minori. Un modello pedagogico», *Minori giustizia*, 2017, p. 23.

<sup>32</sup> BELLONCI, C., HOLMES, L., JAMES, W., «Re-Thinking Therapeutic Residential Care (Trc) as a Preventive Service: Examining Developments in the US and England», *Residential Treatment for Children & Youth*, 2018, pp. 35-53.

<sup>33</sup> BASTIANONI, P., RONGA, G., «Tour porte aperte in comunità: una ricerca intervento», *Minori giustizia*, 2018, pp. 110,111; v. anche TIBOLLO, A., «Le comunità per minori, un modello pedagogico», *Minori giustizia*, 2017, p. 11; Ministero del lavoro e delle Politiche sociali, Ministero della Giustizia, «Terza relazione sullo stato di attuazione della legge 149/2001», *Quaderni della Ricerca sociale*, 2013, n. 27, in particolare Cap. III, «Norme sull'accoglienza dei bambini e degli adolescenti fuori famiglia», pp. 102-249; TALEVI, A., *op. cit.*, pp. 93-97.

consentano al fanciullo di crescere ed essere educato all'interno della sua famiglia o che, comunque, salvaguardino il legame affettivo in essere con la famiglia di origine quando possibile<sup>34</sup>.

Appare evidente come un aspetto che viene fortemente in rilievo, ogni volta in cui si affronta il tema sull'allontanamento dalla famiglia di origine e l'adozione, sia quello della tutela dei legami di natura familiare a cui è specificamente dedicato l'art. 8 della CEDU che, nel tutelare il rispetto della vita privata e familiare del minore, richiede che la dichiarazione di adottabilità, tramutandosi in una ingerenza nella vita familiare, possa essere assunta solo in presenza di specifiche condizioni.

Tuttavia, la logica relazionale nell'approccio al problema della condizione giuridica del minore è stata fedelmente tradotta dal legislatore ordinario nella formula secondo cui i compiti educativi dei genitori devono essere assolti nel rispetto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni dei figli: una formula originariamente dettata, dal legislatore della riforma del diritto di famiglia del 1975, con riferimento al "dovere" educativo dei genitori nei confronti dei figli poi riproposta dal legislatore della più recente riforma della filiazione del 2012, con significativo mutamento di prospettiva, con riferimento al correlativo diritto dei figli nei confronti dei genitori all'interno di una nuova norma-manifesto, intitolata appunto ai "diritti e doveri del figlio" e contenente un vero e proprio statuto unitario del rapporto genitori-figli<sup>35</sup>. La riforma rappresenta un notevole sforzo di adeguamenti ai principi costituzionali: si tende a sostituire ad un modello autoritario, uno comunitario di famiglia, fondato, da un lato, sull'uguaglianza dei coniugi, dall'altro, sulla considerazione del contributo dato da ciascuno alla vita familiare e su una disciplina dei vari istituti, tale da agevolare lo sviluppo psicofisico dei minori<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> PARINI, G.A., «Lo stato di abbandono e la presenza di componenti del nucleo familiare allargato nell'evolversi di un sistema teso al perseguimento del best interest of the child», *Dir. fam. pers.*, 2022, p. 545; Cass., Sez. I., 17 novembre 2021, n. 35110; nonché Cass. Civ., Sez. I., 13 febbraio 2020, n. 3643.

<sup>35</sup> Art. 315-bis c.c., comma 1, inserito ad opera della l. 10 dicembre 2012, n. 219.

<sup>36</sup> DOGLIOTTI, M., «La filiazione fuori dal matrimonio. Artt. 250-290», in *Cod. civ. comm.* Schlesinger, diretto da BUSNELLI, F. D., Giuffrè, Milano, 2015, p. 56; cfr. anche PROSPERI, F., *La famiglia*, cit.; RUSCELLO, F., «Rapporto genitori-figli nella crisi coniugale in Italia», in LASARTE ÁLVAREZ, C. (dir.), Jiménez Muñoz, F. J. (coord.), *Congreso IDADFE 2011*, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 17-34; RUSCELLO, F., *La potestà*, cit.;

## 2.2 L'interesse del minore e criterio del bilanciamento

Nell'indicata prospettiva costituzionale del "pieno sviluppo" della persona del minore all'interno della relazione educativa con i genitori – una relazione rispettosa della norma personalista e perciò a struttura dialogica e non autoritaria – l'interesse del minore, conserva un ruolo decisivo quale strumento necessario per la piena attuazione dei diritti dei minori, assumendo così una funzione di supporto e di rafforzamento dei diritti richiamati. Si tratta infatti di promuovere *hic et nunc* il "pieno sviluppo" di una persona determinata, tenendo conto dei suoi concreti bisogni affettivi e educativi, non di imporre alla stessa un astratto paradigma educativo; la Corte di cassazione ha avuto modo di puntualizzare che il suddetto interesse non costituisce un parametro astratto, tragiudicato sui minori intesi come categoria, ma va, piuttosto, riferito alla situazione concreta in cui ciascun minore si trova, tenuto conto dei suoi reali bisogni e della sua specifica situazione esistenziale<sup>37</sup>.

Dunque, la discrezionalità del giudice, nell'esercizio delle sue funzioni, non può ritenersi priva di qualsiasi limite. È del tutto evidente, infatti, che in nessun modo la concretizzazione giudiziale dell'interesse del minore potrebbe condurre ad esiti contrastanti con i principi fondamentali dell'ordinamento, e dunque anzitutto con le esigenze poste dal rispetto del valore sovra utilitaristico della persona. Infatti, non è ipotizzabile che l'interesse del minore debba imporsi sui diritti fondamentali degli altri soggetti con i quali il minore entra in relazione e sugli altri interessi anch'essi di rilievo costituzionale eventualmente in gioco. Secondo tale orientamento, l'interesse del minore dovrebbe piuttosto entrare in bilanciamento con essi. L'opinione che l'interesse del minore debba prevalere rispetto ad altri interessi riferiti ad altri soggetti con i quali il minore entra in

---

FERRANDO, G., «Le relazioni familiari nella Carta dei diritti dell'Unione Europea», *Pol. dir.*, 2003, pp. 347-370; FERRANDO, G., QUERCI, A., *L'invalidità del matrimonio e il problema dei suoi effetti*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2007.

<sup>37</sup> FERRANDO, G., *Diritto di famiglia*, Zanichelli, Bologna, 2020, pp. 262, 263; cfr. anche PERLINGIERI, P., *Scuole tendenze e metodi: problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1989; PERLINGIERI, G., *Profili applicativi*, cit.; BILOTTI, E., «Diritti e interesse del minore», *L-Jus Riv. Semestrale del Centro Studi Rosario Livatino*, 2020, pp. 13-38.

relazione<sup>38</sup>, non sembra trovare altro fondamento che in una traduzione approssimativa – e peraltro priva di qualsiasi ufficialità – della formula inglese “*best interests of the child*” adottata dalla Convenzione di New York: una traduzione per cui la formula “i migliori interessi del bambino”. In tale ipotesi “il maggior benessere possibile per il bambino”, “la soluzione migliore per il bambino tra tutte quelle possibile” ha costituito il c.d. interesse superiore del fanciullo quale comparazione tra gli interessi del minore e quelli di altri soggetti con la particolare superiorità dei primi rispetto ai secondi; superiorità però del tutto assente nella formula originaria<sup>39</sup>.

### 3. L’ascolto informato

#### 3.1. Fonti internazionali e nazionali

L’ascolto del minore, ovvero la costante attenzione alla sua parola, assume normativamente il ruolo di criterio di ordine generale per come disciplinato negli artt. 315 bis e 336 bis c.c.; si assicura così la tutela della sua personalità e sensibilità in occasione di un’attività bisogosa di particolari tutele<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Cfr. RIVELLO, R., «L’interesse del minore fra diritto internazionale e multiculturalità», *Minori giustizia*, 2011, pp. 15-27.

<sup>39</sup> Sull’interesse del minore, cfr. GARCÍA RUBINO, M.P., «Aproximación al significado, contenido y alcance del interés del menor», in *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2020, pp. 1075-1090; in generale, sul concetto di interesse del minore si legga in argomento, nota di PERLINGIERI, P., «Norme costituzionali e rapporti di Diritto Civile», in ID, *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, 1979, pp. 95 ss.; BILOTTI, E., *op. cit.*, pp. 20-38.

<sup>40</sup> PERLINGIERI, P., «Sull’ascolto del minore», *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2012, pp. 125 ss.; v. anche SERGIO, G., «La convenzione europea sull’esercizio dei diritti dei fanciulli: una tappa decisiva verso il riconoscimento della soggettività dei minori», *Cittadini in crescita*, 2003, pp. 9-24; ESPOSITO, G., «La Convenzione di Strasburgo nel contesto del Consiglio d’Europa», in STRUMENDO, L., DE STEFANI, P., (a cura di): *I diritti del bambino tra protezione e garanzie. La ratifica della Convenzione di Strasburgo sull’esercizio dei diritti dei fanciulli*, Cleup, Padova, 2004, pp. 69-74; sulla necessità di garantire



Sotto il profilo dell'inquadramento generale, il complesso normativo che disciplina l'audizione del minore, partendo dalla Convenzione di New York del 1989 sino ad arrivare Regolamento Bruxelles II bis, CE n. 2201 del 2003, rappresenta il risultato di un percorso evolutivo lungo e tortuoso che ha progressivamente portato all'affermazione dell'obbligatorietà di procedere all'audizione del minore nei procedimenti in cui è coinvolto; obbligatorietà che prima dell'introduzione di molteplici fonti internazionali non veniva riconosciuta.

Tuttavia, il legislatore internazionale considera il minore non più solamente come un soggetto bisognoso di cure e protezione dai pericoli del mondo esterno, ma, al contrario, come colui che ha bisogno di vedersi riconosciute le sue competenze personali e relazionali: ne consegue il riconoscimento, in riferimento al minore, dell'importanza della partecipazione dello stesso alle scelte che lo riguardano che risulta, così fondamentale per lo sviluppo della sua personalità.

Il diritto all'ascolto informato del minore ed il contestuale obbligo all'ascolto riferito agli adulti, è divenuto ineludibile con l'entrata in vigore del Regolamento Bruxelles II bis, CE n. 2201 del 2003, che all'art. 23 indica tra le cause che rendono non riconoscibili le decisioni relative alla responsabilità genitoriale il fatto che le stesse siano state assunte senza aver previamente consentito al minore di essere ascoltato al riguardo, con l'unica eccezione rammentata nei casi di estrema urgenza.

Da un punto di vista del diritto nazionale, l'ascolto viene in rilievo nella sua veste di diritto inviolabile della persona umana minore di età<sup>41</sup>. Il diritto ad essere ascoltato è riconducibile a quell'insieme di situazioni giuridiche di natura esistenziale afferenti alla persona umana riconosciute all'art. 2 Cost. e per le quali l'ordinamento non ammette deroghe sulla base delle condizioni personali.

Al fine di individuare il contenuto del diritto del minore ad essere ascoltato e le prerogative che da questo derivano, si rende opportuno considerare l'ascolto come diritto soggettivo<sup>42</sup> assoluto del minore,

---

l'audizione del minore in ossequio alle Convenzioni di New York e di Strasburgo, si consiglia di cfr. Cass. Civ., Sez. I, 30 luglio 2020, n. 16410; Cass. Civ., Sez. I, 24 maggio 2018, n. 12957.

<sup>41</sup> FAGNONI, L., «Le fonti dell'ascolto del minore», in *academia.edu*, 2014, pp. 2 ss.

<sup>42</sup> LOSANA, C., «L'ascolto del minore nell'osservazione sulla personalità», *Minori Giustizia*, 2008, pp. 1000-1009.

segnando i doveri e i limiti in capo ai soggetti terzi, volti a consentirne l'effettività e l'attuazione<sup>43</sup>. Con ciò non si esclude l'eventualità del conflitto tra il minore ed i genitori o soggetti terzi ed il necessario intervento del giudice volto a dirimerlo; il giudice è chiamato a risanare la relazione educativa, rendendola di nuovo efficiente e perciò idonea a far sí che il minore possa essere ascoltato e allo stesso tempo possa sperimentare un'autonomia sempre maggiore in un contesto di permanente sostegno da parte dei suoi genitori. Il dovere del giudice o del genitore o di chiunque sia chiamato ad articolare delle scelte consiste, dunque, nel porsi in ascolto dell'interessato disposto a intendere e attuare la sua volontà, non limitarsi a sentirlo, rimanendo cioè liberi di discostarsi dalle letture che egli compie del proprio interesse.

Da ciò si desume che realizzare l'interesse del minore non significa assecondare ogni suo desiderio bensí affermare e tutelare la sua identità personale<sup>44</sup>. Il dato normativo, del resto, è sufficientemente chiaro nell'evidenziare che il ruolo del giudice non è mai sostitutivo. Il giudice è piuttosto chiamato a individuare il soggetto di volta in volta piú idoneo a realizzare l'interesse del minore e ciò non solo in caso di disaccordo tra i genitori su "questioni di particolare importanza" riguardanti il figlio minore, art. 316 c.c., ma, a ben vedere, anche nel caso del controllo giudiziale sulla responsabilità genitoriale, artt. 330 ss. c.c.; dunque, il giudice è tenuto preliminarmente ad accertare che le scelte adottate dai genitori siano frutto di un accordo e, soltanto successivamente, a valutare il merito della decisione.

L'autonomia riconosciuta alla famiglia non è una autonomia incontrollata né univoca nel significato, dovendosi modellare secondo le circostanze e l'oggetto nei confronti del quale si svolge<sup>45</sup>. Anche nella famiglia, l'autonomia deve rispondere ad una valutazione di liceità e meritevolezza: da un lato, quindi, di non contrarietà a disposizioni imperative, di ordine pubblico o buon costume, ma dall'altro, di corrispondenza a una funzione propositiva e, si potrebbe dire, nel caso di specie della famiglia, promozionale della realizzazione della

---

<sup>43</sup> BIANCA, C.M.: «Diritto all'ascolto», in BIANCA, C. M., *La riforma della filiazione*, CEDAM, Milano, 2015, pp. 133, 134.

<sup>44</sup> SENIGAGLIA, R., *op. ult. cit.*, pp. 6-19.

<sup>45</sup> Sul concetto di "autonomia privata", v. PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4ª ed., IV, *Attività e responsabilità*, Napoli, 2020, pp. 5 ss.

personalità dei suoi membri<sup>46</sup>. Pertanto, il diritto all'ascolto può essere definito come il diritto costituzionale del minore ad essere informato e ad esprimere le proprie opinioni ed opzioni sulle questioni che riguardano la sua sfera esistenziale<sup>47</sup>; esso è lo strumento di tutela tanto delle situazioni esistenziali, quanto di quelle patrimoniali di cui egli è titolare, essendo riconducibile alla categoria dei diritti della personalità<sup>48</sup>.

Il legislatore ha fatto sì che il minore, coinvolto nei procedimenti dei genitori, fosse ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardassero, chiamando i genitori a traslare il progetto educativo dei figli<sup>49</sup>; di conseguenza, il provvedimento giudiziale che adotti una soluzione diversa da quella prospettata dal minore, senza motivare o con motivazione irragionevole o illogica, è impugnabile per violazione del diritto del minore di esprimere un'opinione che sia tenuta in conto da chi deve decidere, salvo l'esistenza di ragioni - da esplicitare - che inducano a propendere per una soluzione diversa nell'interesse del minore.

Di recente, con la l. 26 novembre 2021, n. 206, si possono recepire alcune interessanti innovazioni introdotte dalla prassi dei procedimenti di famiglia, come ad esempio la particolare attenzione al tema della violenza domestica con la previsione dell'ipotesi del rifiuto, da parte di un figlio minore, di incontrare uno o entrambi i genitori: in tali casi il giudice, personalmente, sentito il minore e assunta ogni informazione ritenuta necessaria, dovrà accertare con urgenza le cause del rifiuto e assumere i provvedimenti nel superiore interesse del minore, nonché l'estensione della disciplina degli ordini di protezione al Tribunale per i Minorenni, pur se manca l'attribuzione del potere di impulso anche al pubblico ministero, essendo demandata ai soli adulti

---

<sup>46</sup> RUSCELLO, F., «Responsabilità dei genitori. I controlli. Artt. 330-335», in *Cod. civ. comm.* Schlesinger, cit., 2016, pp. 194, 195.

<sup>47</sup> Cfr. Cass. Civ. Sez. I, 7 marzo 2017, n. 5676.

<sup>48</sup> Ad oggi non esiste una definizione giuridica dei diritti della personalità che ne definisca esattamente i contorni, in Spagna, nella considerazione più classica di Federico De Castro, si rileva che i diritti della personalità costituiscono lo strumento attraverso il quale si produce la tutela civile della persona fisica, considerando fondamentalmente che quest'ultima è portatrice di determinati attributi, beni o diritti che sono inerenti alla sua condizione umana. GARCÍA RUBINO, M.P., «La huella y el legado de Federico De Castro en la moderna protección civil de los derechos de la personalidad» in DíEZ-PICAZO, L. (dir.), *Glosas sobre Federico de Castro*, Civitas Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 230-271.

<sup>49</sup> GORGONI, A., *op. cit.*, pp. 338 ss.

l'iniziativa, che è in funzione della tutela del minore.

Inoltre, il legislatore interviene sulla disciplina dell'affidamento dei minori, escludendo che il minore possa essere affidato a un soggetto che abbia partecipato a qualsiasi titolo al procedimento che ha determinato la sua collocazione fuori famiglia; ancora, viene inserita nella l. ad. una specifica disciplina dell'affidamento del minore al servizio sociale.

Si prevede inoltre che, l'ascolto del minore possa avvenire anche in assenza di istanze di parte<sup>50</sup>, mentre risulta obbligatorio qualora un figlio minore rifiuti di incontrare uno o entrambi i genitori, in presenza di allegazione di violenza domestica o di genere, come previsto alla lett. b, comma 23.

Ora, considerata l'estrema delicatezza della materia, appare opportuno e necessario che il legislatore delegato disciplini anche quali siano le modalità per la sua esecuzione in quanto il diritto all'ascolto non deve rappresentare solo un principio guida, ma anzi, costituendo un valore fondamentale deve essere il vero presupposto giuridico affinché i provvedimenti giudiziari che coinvolgono i ragazzi non siano affetti da vizi procedurali<sup>51</sup>.

### **3.2. L'ascolto del minore anche in relazione ai suoi limiti: il diritto a non essere ascoltato**

In ordine al diritto del minore a non essere ascoltato, in punto di interpretazione e di applicazione, la regola generale disposta dall'art. 336-bis., accorda la facoltà al giudice di escludere motivatamente

---

<sup>50</sup> Cfr. DOMANICO, M.G., «L'ascolto del minore nei procedimenti civili», in *Relazione alla Camera minorile di Milano*, 2008, pp. 11, 12.

<sup>51</sup> Cfr. MONTARULI, V., «L'istituzione del tribunale unico per le persone le famiglie e i minori, l'unificazione dei riti e la considerazione dell'interesse del minore», *Minori giustizia*, 2022, pp. 28-35; CASTELLANI, C., «La legge delega 26 novembre 2021, n. 206 e le disposizioni immediatamente precettive», *Minori giustizia*, 2021, pp. 41-53; DEL FANTE, A., «Affidamento condiviso e diritti dei figli: le rationes decidendi nella giurisprudenza», in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 2016, pp. 1-48; BALLARANI, G., «Contenuto e limiti del diritto all'ascolto nel nuovo art. 336-bis c.c.: il legislatore riconosce il diritto del minore a non essere ascoltato», *Dir. fam. pers.*, 2014, pp. 849 ss.; MONTARULI, V., *op. cit.*, pp. 26-40.

l'ascolto qualora lo ritenga contrario all'interesse del minore o manifestamente superfluo<sup>52</sup>; per converso, l'art. 337-octies limita l'ascolto, nei casi di omologazione o di presa d'atto di un accordo dei genitori, alla sola ipotesi in cui il giudice lo ritenga necessario, creando con ciò un canone inverso rispetto alla prima ipotesi. Dal combinato disposto delle norme in analisi emerge dunque che, la regola generale di diritto sostanziale e procedurale segnata dall'art. 336-bis trova applicazione in ogni procedimento compresi quelli previsti agli artt. dal 337-bis al 337-octies, con esclusione dei soli casi contemplati da quest'ultima ed entro gli stretti limiti in essa segnati. Tuttavia, non si può omettere di segnalare il rischio che, nella prassi, il disposto degli artt. 336-bis e 337-octies si presti ad aprire la strada verso una strumentale omissione dell'ascolto, anche se la ratio al fondo delle previsioni appare essenzialmente in linea con la volontà di salvaguardia dell'interesse del minore ad essere tenuto, per quanto possibile, al di fuori dei giudizi sulla crisi dei genitori, specie qualora l'ascolto del, possa per un verso reputarsi pregiudizievole al suo interesse e, per altro verso, ritenersi non essenziale alla composizione degli elementi su cui fondare la decisione<sup>53</sup>.

Pertanto, emerge come insita nella tutela dell'esercizio del diritto soggettivo dell'ascolto del minore e soprattutto della sua personalità, meritevole di effettiva considerazione a séguito dell'attestazione di una reale capacità di discernimento, la facoltà discrezionale dell'esercizio dello stesso. Sicché, se l'ascolto è una facoltà legata al libero esercizio del diritto, questo non può non comprendere in sé la contrapposta facoltà del minore di non esercitarlo, che si traduce nel diritto del minore a non essere ascoltato<sup>54</sup>. Infatti, non sarebbe ammissibile un potere in capo al giudice di imporre l'ascolto, poiché altrimenti il diritto di essere ascoltato in capo al minore degraderebbe ad obbligo di esprimersi, di essere ascoltato, esulando dall'impianto garantista e di tutela finora delineato; tale impostazione è conforme al concetto stesso di superiore interesse del minore, considerando le ipotesi in cui dall'ascolto possa derivare un vulnus al minore medesimo, ad esempio in ragione del suo stato psichico, così come

---

<sup>52</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 28 luglio 2020, n. 16125; Cass. Civ., Sez. I, 6 marzo 2020, n. 6471.

<sup>53</sup> BIANCA, C. M., *op. cit.*, pp. 873 ss.

<sup>54</sup> BALLARANI, G., «Il diritto del minore a non essere ascoltato», *Dir. fam. pers.*, 2011, pp. 1807 ss.

confermato anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>55</sup>.

#### 4. Conclusioni

Quando una persona neomaggiorenne si appresta a lasciare la comunità o la famiglia affidataria entra in gioco una dimensione nuova, spesso insidiosa e angosciante, ma che richiama in sé aspetti ancorati ai temi dell'indipendenza, dell'autonomia e dell'emancipazione. Si passa dalla protezione come dimensione caratterizzante la tutela, all'"autonomia".

Come si è avuto modo di analizzare, in Italia il diritto di famiglia, nonostante i numerosi cambiamenti che lo hanno interessato negli ultimi anni è ancora lontano dall'essere inclusivo e plurale<sup>56</sup> e questo porta alcuni giovani a sentirsi nuovamente abbandonati una volta raggiunta la maggiore età o al raggiungimento dei ventuno anni. Qui entra in gioco la genitorialità da luogo sociale che si sviluppa attraverso la messa a disposizione di uno spazio attivo di relazioni e azioni per favorire e attuare un programma di trasformazione e rigenerazione per i territori e per i giovani. Si sviluppa così la comunità diffusa che innesca un processo di valorizzazione delle singole risorse materiali e immateriali che, entrando in relazione tra loro, diventano capitale effettivamente utilizzabile individualmente e collettivamente; capitale, il cui valore si innesca principalmente nella capacità da parte delle persone di riprodurlo e scambiarlo secondo una dinamica relazionale. Il cuore della comunità diffusa è dunque l'idea di pensare alle persone giovani insieme in un luogo contaminato; alla base, quindi, c'è un mandato di accompagnamento dei Care leavers verso l'autonomia attraverso percorsi che possano far sentire il giovane protagonista attivo in ascolto e in crescita nella formazione di sperimentazione.

Da questa visione di genitorialità più ampia, che si esprime non

---

<sup>55</sup> BALLARANI, G., *Contenuto*, cit., p. 849; In generale, sul concetto di interesse del minore si legga in argomento, nota di PERLINGIERI, P., *Norme costituzionali*, cit., pp. 95 ss.

<sup>56</sup> CHIAPPETTA, G., «I nuovi orizzonti del diritto allo stato unico di figlio», in ID (a cura di), *Lo stato unico di figlio*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, pp. 11 ss.

solo attraverso la presenza di due genitori ma anche attraverso un servizio e l'ascolto, è necessario cogliere un rovesciamento in termini; vedere quello che sentono i giovani e cucire su di loro degli abiti, affinché possano sentirsi accuditi e non abbandonati nel loro viaggio più importante che si chiama vita.

Affinché questi ragazzi non si sentano diversi dal resto della società è necessario partire dal presupposto che non sono solo persone fragili, ma anzi, hanno il diritto di essere considerati una risorsa per la comunità, per il territorio e per l'innovazione<sup>57</sup>; è necessario bilanciare gli interessi degli stessi affinché si possa sostenere, favorire e garantire percorsi riparativi e di cura capaci di perturbare la rappresentazione della relazione e dell'adulto come, trascurante, ostile o violento. Una perturbazione che se incanalata, costante, rassicurante può trasformare la percezione dell'altro e quindi quella del sé. Un sé che sente di non essere rifiutato e respinto. Ne derivano un aumento dell'autostima e un'interiorizzazione della sicurezza capaci di mobilitare le risorse personali del giovane verso l'acquisizione di competenze relazionali e di vita, verso una sempre maggiore autonomia.

Dall'unione del diritto ad ascoltare ed il diritto a essere ascoltati dipende la crescita e la formazione dell'individuo, indispensabili per garantire il diritto costituzionale al pieno sviluppo della persona umana come previsto, oltre che dalla nostra Carta costituzionale<sup>58</sup>, dalla Convenzione ONU dei Diritti per l'Infanzia e l'Adolescenza, agli artt. 12, 13 e 17.

Ad oggi il provvedimento del prosieguo amministrativo, garantisce un accompagnamento fino al ventesimo anno di età ma allo stesso tempo rappresenta un'illusione per il giovane, che una volta raggiunto questo limite, si ritrova ad affrontare la vita reale. Pertanto, è necessario l'intervento da parte del legislativo a modifica della normativa sulla protezione del neomaggiorenne istituzionalizzando il ruolo delle comunità e le politiche di accompagnamento al fine di guidare il giovane a raggiungere una propria autonomia.

---

<sup>57</sup> Cfr. GARCÍA RUBINO, M.P., «Los derechos de la personalidad», in GETE-ALONSO Y CALERA, M. C. (dir), SOLÉ RESINA, J., (Coord.), *Tratado de Derecho de la persona física*, II, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2013, pp. 595-631.

<sup>58</sup> MIARELLI, V.R., GRILLI, A., ROMANI, G., «Co-housing: dall'ascolto all'incontro, il diritto a costruire futuro», in <https://www.rockability.net/>.

## Bibliografia

ANCESCHI, A., *Rapporti tra genitori e figli: profili di responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 27.

BALLARANI, G., «Contenuto e limiti del diritto all'ascolto nel nuovo art. 336 bis c.c.: il legislatore riconosce il diritto del minore a non essere ascoltato», *Dir. fam. pers.*, 2014, pp. 849 ss.

BALLARANI, G., «Il diritto del minore a non essere ascoltato», *Dir. fam. pers.*, 2011, pp. 1807 ss.

BALLARANI, G., «Art. 155. Provvedimenti riguardo ai figli», in PATTI, S., ROSSI CARLEO, L. (a cura di), *Provvedimenti riguardo i figli*, in *Comm c.c. Scialoja-Branca* a cura di GALGANO, F., Zanichelli, Bologna, 2010, p. 46.

BARBA, V., «Tecniche procreative, genitorialità e interesse del minore», in CORDIANO, A., SENIGAGLIA, R., (a cura di), *Diritto civile minorile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022, pp. 125-160.

BASTIANONI, P., RONGA, G., «Tour porte aperte in comunità: una ricerca intervento», *Minori giustizia*, 2018, pp. 110, 111.

BATTELLI, E., «Il diritto del minore alla famiglia tra adottabilità e adozione, alla luce della giurisprudenza CEDU», *Dir. fam. pers.*, 2021, p. 838.

BATTISTI, A., DI PRIAMO, C., MARTINEZ, L., «I minori ospiti delle strutture residenziali socio-assistenziali e socio-sanitarie», *Minori giustizia*, 2020, pp. 48, 49.

BAVIERA, I., *Diritto minorile*, Giuffrè, Milano, 1976, pp. 46 ss.

BELLONCI, C., HOLMES, L., JAMES, W., «Re-Thinking Therapeutic Residential Care (Trc) as a Preventive Service: Examining Developments in the US and England», *Residential Treatment for Children & Youth*, 2018, pp. 35-53.

BELOTTI, V., MAURI, D., «Gioventù brevi: care leavers e capacità di aspirare», *Minori giustizia*, 2019, pp. 192-200.

BIANCA, C.M.: «Diritto all'ascolto», in BIANCA, C. M. (a cura di), *La riforma della filiazione*, CEDAM, Milano, 2015, pp. 133-134.

BILOTTI, E., «Diritti e interesse del minore», *L-Jus Riv. Semestrale del Centro Studi Rosario Livatino*, 2020, pp. 13-38.

BOIANO, I., «Allontanamento forzato dei figli ovvero sull'esecuzione forzata degli affetti», in *Note per "un diritto mite" delle*



*relazioni familiari. L'audizione al CNB a nome dell'Associazione Differenza Donna*, 2022.

BONCI, M.R., VIOLONI, G., «L'appropriatezza dell'allontanamento: le diverse possibili sistemazioni della vittima in protezione», *Minori giustizia*, 2012, p. 235.

CALLEGARI, A., «Il paradigma della vulnerabilità: brevi riflessioni per una riconfigurazione del dilemma equality-difference», *Questione Giustizia*, 2018, pp. 2-6.

CASTELLANI, C., «La legge delega 26 novembre 2021, n. 206 e le disposizioni immediatamente precettive», *Minori giustizia*, 2021, pp. 41-53.

CHIAPPETTA, G., «I nuovi orizzonti del diritto allo stato unico di figlio», in ID (a cura di), *Lo stato unico di figlio*, Edizioni Scientifiche Italiana, Napoli, 2014, pp. 11 ss.

CIAN, G., OPPO, G., TRABUCCHI, A., *Commentario al diritto di italiano della famiglia*, Cedam, Padova, 1997, pp. 402-411.

CRISCUOLI, G., «Variazioni e scelte in tema di status», *Riv. dir. civ.*, 1984, p. 185 ss.

DEL FANTE, A., «Affidamento condiviso e diritti dei figli: le rationes decidendi nella giurisprudenza», *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 2016, pp. 1- 48.

DOGLIOTTI, M., «La filiazione fuori dal matrimonio. Artt. 250-290», in *Cod. civ. comm.* Schlesinger, diretto da BUSNELLI, F. D., Giuffrè, Milano, 2015, p. 56.

DOGLIOTTI, M., «Patria potestà, diritti del minore e intervento del giudice», *Giur. Merito*, 1976, p. 44.

DOMANICO, M. G., «L'ascolto del minore nei procedimenti civili», in *Relazione alla Camera minorile di Milano*, 2008, pp. 11, 12.

ESPOSITO, G., «La Convenzione di Strasburgo nel contesto del Consiglio d'Europa», in STRUMENDO, L., DE STEFANI, P., (a cura di), *I diritti del bambino tra protezione e garanzie. La ratifica della Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei fanciulli*, Cleup, Padova, 2004, pp. 69-74.

FAGNONI, L., «Le fonti dell'ascolto del minore», in *Rassegna delle fonti nazionali e internazionali che disciplinano l'istituto dell'ascolto*, pp. 2 ss.

FERRANDO, G., *Diritto di famiglia*, Zanichelli, Bologna, 2020, pp. 262, 263.

FERRANDO, G., «Le relazioni familiari nella Carta dei diritti dell'Unione Europea», *Pol. Dir.*, 2003, pp. 347-370.

FERRANDO, G., QUERCI, A., *L'invalidità del matrimonio e il problema dei suoi effetti*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2007.

GABRIELLI, G., MARCHESINI, M.F., «Le comunità per minori: contesti educativi e familiari», *Minori giustizia*, 2006, pp. 144-145.

GARCÍA RUBINO, M. P., «Aproximación al significado, contenido y alcance del interés del menor», in *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2020, pp. 1075-1090.

GARCÍA RUBINO, M. P., «La huella y el legado de Federico De Castro en la moderna protección civil de los derechos de la personalidad» in DÍEZ-PICAZO, L. (dir.), *Glosas sobre Federico de Castro*, Civitas Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 230-271.

GARCÍA RUBINO, M. P., «Los derechos de la personalidad», in GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., (dir), SOLÉ RESINA, J., (Coord.): *Tratato de Derecho de la persona física*, II, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2013, pp. 595-631.

GARCÍA, M.B.T., «Autonomía personal de la mujer: la gestión de su persona y de sus bienes», in *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1429-1471.

GOLOMBOK, S., *Famiglie moderne: genitori e figli nelle nuove forme di famiglia*, Elsevier Italia, Milano, 2016, pp. 20 ss.

GORGONI, A., *Famiglie e minore età: dall'atto al rapporto*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 336.

IRTI, C., «Nuovi modelli familiari e tutela del minore nella crisi del rapporto di coppia», in CORDIANO, A., SENIGAGLIA, R., (a cura di), *Diritto civile minorile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022, pp. 159 ss.

LIPARI, N., «Diritti fondamentali e ruolo del giudice», in ID, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 126 ss.

LOSANA, C., «L'ascolto del minore nell'osservazione sulla personalità», *Minori Giustizia*, 2008, pp. 1000-1009.

MIARELLI, V.R., GRILLI, A., ROMANI, G., «Co-housing: dall'ascolto all'incontro, il diritto a costruire futuro», in <https://www.rockability.net/>.

MONTARULI, V., «L'istituzione del tribunale unico per le persone, le famiglie ed i minori, l'unificazione dei riti e la considerazione dell'interesse del minore», in *Minori giustizia*, 2022, pp. 26-40.

MONTINARO, R., «Identità culturale e diritti della persona nelle relazioni familiari: la clausola generale dell'ordine pubblico internazionale ed il ruolo del giudice», *Jus*, 2020, pp. 5-41.

MORO, A. C., «Introduzione», in *Infanzia e Adolescenza, Diritti e Opportunità: orientamenti alla progettazione degli Interventi previsti nella legge 285/97*, Centro nazionale di documentazione e analisi per l'infanzia e l'adolescenza, Firenze, 1998, pp. 1-3.

MOROZZO DELLA ROCCA, P., «Tutela minori» in *Comm. c.c. Gabrielli, Della Famiglia*, Utet, Torino, 2010, p. 8.

PARINI, G.A., «Lo stato di abbandono e la presenza di componenti del nucleo familiare allargato nell'evolversi di un sistema teso al perseguimento del best interest of the child», *Dir. fam. pers.*, 2022, p. 545.

PENNASILICO, M., «Legalità costituzionale e diritto civile», *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 840 ss.

PERLINGIERI, G., «Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, p. 12.

PERLINGIERI, G., *Profili applicativi della ragionevolezza del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, p. 123 ss.

PERLINGIERI, P., «Art. 29, Art. 30», in ID, *Commento alla Costituzione italiana*, 2ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001, pp. 185-198.

PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, pp. 919 ss.

PERLINGIERI, P., «Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente», *Rass. di dir. civ.*, 2005, pp. 188-216.

PERLINGIERI, P., «Gli "status"», in *Lecture di diritto civile*, raccolte da ALPA, G., e ZATTI, P., Padova, 1990, pp. 167 ss.

PERLINGIERI, P., «La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale», *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 497 ss.

PERLINGIERI, P., «La famiglia senza matrimonio tra irrilevanza giuridica e l'equiparazione della famiglia legittima», *Rass. Dir. Civ.*, 1988, pp. 606 ss.

PERLINGIERI, P., «Norme costituzionali e rapporti di Diritto Civile», in ID, *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1979, pp. 95 ss.

PERLINGIERI, P., «Sull'ascolto del minore», *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2012, pp. 125 ss.

PERLINGIERI, P., CHIAPPETTA, G., *Questioni di diritto delle famiglie e dei minori*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017.

PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo*, 4<sup>a</sup> ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, pp. 247 ss.

PERLINGIERI, P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1972, pp. 148 ss.

PERLINGIERI, P., *Quaderni della Rassegna di diritto civile diretta da Pietro Perlingieri. Rapporti personali nella famiglia*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli, 1982.

PERLINGIERI, P., *Rapporti personali nella famiglia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1982, p. 19.

PERLINGIERI, P., *Scuole tendenze e metodi: problemi del diritto civile*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1989.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4<sup>a</sup> ed., IV, *Attività e Responsabilità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, pp. 5 ss.

PETRONELLI, M., «Lo stato di abbandono morale e materiale del minore alla luce della normativa interna e internazionale», *Il familiarista*, 2022, pp. 1 ss.

PROSPERI, F., «Rilevanza della persona e nozione di status», *Rass. dir. civ.*, 1997, pp. 850 ss.

PROSPERI, F., *La famiglia non "fondata sul matrimonio"*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1978.

RESCIGNO, P., «Status I) Teoria generale», in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993, pp. 1 ss.

RIVELLO, R., «L'interesse del minore fra diritto internazionale e multiculturalità», *Minori giustizia*, 2011, pp. 15-27.

RUSCELLO, F., «Responsabilità dei genitori. I controlli. Artt. 330-335», in *Cod. civ. comm.* Schlesinger, cit., 2016, pp. 194, 195.

RUSCELLO, F., «Rapporto genitori-figli nella crisi coniugale in Italia», in LASARTE ÁLVAREZ, C. (dir.), Jiménez Muñoz, F. J. (coord.), *Congreso IDADFE 2011*, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 17-34.

RUSCELLO, F., «La potestà dei genitori. Rapporti personali. Artt. 315-319», in *Cod. civ. comm.* Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2006.

RUSCELLO, F., *L'istruzione tra scuola e famiglia: tecniche di tutela della persona*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992.

SENIGAGLIA, R., «Cristianesimo, diritto civile, “famiglie”: evoluzione di un radicamento culturale», *Rass. dir. civ.*, 2021, pp. 1525-1527.

SENIGAGLIA, R., «La semantica giuridica della responsabilità genitoriale», in *Annali online della Didattica e della Formazione Docente*, 2018, pp. 6-19.

SERGIO, G., «La convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli: una tappa decisiva verso il riconoscimento della soggettività dei minori», *Cittadini in crescita*, 2003, pp. 9-24.

SPADARO, G., «La giurisdizione minorile ed i soggetti vulnerabili», *Minori giustizia*, 2019, pp. 51-53.

TALEVI, A., «Il lavoro d'équipe: tra disponibilità e allenamento al confronto», *Minori giustizia*, 2012, pp. 91, 92.

TIBOLLO, A., «Le comunità per minori, un modello pedagogico», *Minori giustizia*, 2017, p. 11.

VERCELLONE, P., «La potestà dei genitori: funzione e limiti interni» in *Tratt. dir. fam.* Zatti, II, *Filiazione*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 1043.

ZATTI, P., «Familia, familiae – Declinazione di un'idea. La privatizzazione del diritto di famiglia», *Familia*, 2022, p. 32.



# El interés superior del menor de edad y la determinación de los apellidos por reconocimiento tardío de paternidad: su aplicación en la jurisprudencia española de la última década

*Milagros Petit Sánchez*

**RESUMEN:** La identificación de una persona a través de su nombre y apellidos es un elemento de identidad derivado del derecho de la personalidad y como tal se incorporan a la inscripción de su nacimiento en el Registro Civil. La determinación posterior de la filiación permite la rectificación de la inscripción registral de los apellidos y, en muchos casos, la solicitud de un cambio en el orden inscrito. La consideración del interés superior del menor es la principal causa en las decisiones judiciales para la rectificación registral de los apellidos.

**SUMARIO:** 1. Introducción. - 2. Evolución legislativa en el ordenamiento jurídico español desde la histórica prevalencia del apellido paterno hasta la entrada de la autonomía de la voluntad de los progenitores en la imposición de los apellidos. - 3. El interés superior del menor como criterio en la determinación del orden de los apellidos por reconocimiento tardío de la paternidad. - 4. La aplicación del criterio del interés del menor en la determinación del orden de los apellidos del menor en la jurisprudencia española de la última década. - 5. A modo de conclusión.

## **1. Introducción**

La designación de una persona por su nombre –integrando tanto al nombre propio como a los apellidos– es un modo de identificación individualizada de un sujeto desde su nacimiento. El nombre propio

es elegido libremente por los progenitores si bien el apellido –los apellidos en el sistema jurídico español como veremos seguidamente– se impone por la filiación y, como tal, se incorporan a la inscripción de su nacimiento en el Registro Civil. La identificación de la persona por su nombre y apellidos supone, por ello, un medio de individualización a través del cual se sustancia administrativamente su personalidad: además de dotar de seguridad y certidumbre al tráfico jurídico – como cuestión de orden público ha sido considerado por varios autores<sup>1</sup>–, se configura como un derecho de la personalidad que identifica a la persona desde su nacimiento, reconocido y tutelado como tal por los diferentes ordenamientos jurídicos<sup>2</sup>.

Los sistemas jurídicos prevén distintos criterios de atribución de los apellidos en razón a la filiación de la persona. Frente al sistema de apellido único que rige en los países de nuestro entorno, en España el sistema de doble apellido es más acorde con el principio constitucional de igualdad entre hombres y mujeres. Sin embargo, esta dualidad puede generar conflictos en el orden de atribución de estos apellidos, tanto en el momento de practicar la inscripción como en un momento posterior por reconocimiento tardío de la filiación de uno de los progenitores.

La identificación de la persona a través del nombre y apellidos desde la inscripción de su nacimiento en el Registro Civil supone su uso y disfrute continuado en diferentes ámbitos –social, laboral,

---

<sup>1</sup> PARRA LUCÁN, M.A., «Nombre y domicilio», en Pablo Contreras (Coord.) *Curso de Derecho civil (I), volumen II, Derecho de la persona*, Ed. Edisofer, Madrid, 2021, pp. 61-62. QUICIOS MOLINA, M. S., «Orden de los apellidos: autonomía privada, interés superior del menor y no discriminación por razón de sexo», *Derecho privado y Constitución*, 2021, p. 273. También ORDÁS ALONSO, M., «Imposición al menor del apellido paterno: igualdad, derecho a la propia imagen, interés del menor», *Derecho privado y Constitución*, 2014, p. 56, que considera que el principio de duplicidad de apellidos y el principio de infungibilidad de líneas son principios de orden público que afectan directamente a la organización social.

<sup>2</sup> QUICIOS MOLINA, M. S., *op. cit.*, p. 256, considera que el nombre es un derecho de la personalidad “que goza de la máxima protección internacional como integrante de la vida privada de la persona”, reconocida ésta en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 7) y en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas (art. 8). Se enmarca además en el principio de libre desarrollo de la personalidad y el principio de dignidad de la persona, como señala TORRELLES TORREA, E., «La elección del orden de los apellidos por parte de los progenitores y los criterios de determinación a falta de acuerdo en la ley del Registro civil de 2011», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2016, p. 187.



familiar, incluso escolar cuando se es menor de edad– y conlleva una determinada proyección general de la persona en cuanto a su identidad. La determinación posterior de la filiación –que permite la modificación de la inscripción registral de los apellidos y, en muchos casos, la solicitud de un cambio en el orden inscrito– puede llegar a suponerle, en algunos casos, un perjuicio, o al menos ningún beneficio, sobre todo si ello se lleva a cabo durante su minoría de edad.

Con estas líneas, se pretende analizar el criterio del interés superior del menor de edad en la determinación del orden de sus apellidos cuando el reconocimiento tardío de su paternidad suponga una rectificación en la inscripción registral. La valoración del interés superior, prevista como criterio subsidiario en la normativa española a falta de acuerdo de los progenitores, debe ser la principal y única causa a tener en cuenta en las decisiones judiciales para tal determinación.

## **2. Evolución legislativa en el ordenamiento jurídico español desde la histórica prevalencia del apellido paterno hasta la entrada de la autonomía de la voluntad de los progenitores en la imposición de los apellidos**

La creación del Registro Civil en España, siguiendo el vigente principio según el cual la filiación determina los apellidos, consagró el sistema según el cual las personas son identificadas por dos apellidos, paterno y materno, siendo el paterno el primero en el orden de apellidos. Con ello se daba una absoluta preeminencia al apellido del padre, con menoscabo del de la madre<sup>3</sup>. Así, por un lado, la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957<sup>4</sup> (en adelante LRC/1957 para diferenciarla de la vigente LRC aprobada en 2011) indicaba en la redacción original del art. 55 que la filiación –si bien hacía referencia exclusivamente a la filiación legítima o natural– determinaba los apellidos. Por otro lado, el Reglamento del Registro Civil, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958 en desarrollo de la Ley del

---

<sup>3</sup> Ha de tenerse en cuenta que, normalmente, el primer apellido tiene mayor valor identificativo que el segundo.

<sup>4</sup> BOE núm. 151, de 10 de junio de 1957.

Registro Civil del año anterior<sup>5</sup>, establecía en el art. 194 que si la filiación estaba determinada por ambas líneas, el primer apellido de un español era “el primero del padre y segundo apellido el primero de los personales de la madre, aunque sea extranjera”. Por su parte, el Código Civil reguló por vez primera que la filiación determinaba los apellidos en el artículo 109 en la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo<sup>6</sup>, que también permitió al hijo mayor de edad la posibilidad de la inversión de los apellidos.

Esta prevalencia del apellido paterno, colocándolo como primer apellido de la persona, sobre el materno chocaba con la proclamación constitucional del principio de igualdad ante la ley (*ex* art. 14 CE). Se desencadenaron desde entonces voces doctrinales a favor de una equiparación en la imposición indistinta, paterna o materna, en la inscripción registral del orden de los apellidos<sup>7</sup>.

No fue hasta la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos<sup>8</sup>, que, modificando la redacción de los arts. 109 CC y 55 LRC/1957, permitió que, si la filiación estaba determinada por ambas líneas, los progenitores podían acordar el orden de los apellidos antes de la inscripción registral<sup>9</sup>. La Exposición

<sup>5</sup> BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 1958.

<sup>6</sup> Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio

<sup>7</sup> Acertado enfoque desde el prisma del principio de igualdad respecto a la determinación del orden de los apellidos hace QUICIOS MOLINA, M. S., *op. cit.*, p. 255, y matiza que “en realidad, todas las últimas reformas legales en materia de imposición de apellidos (desde la aprobación de la Constitución) han estado presididas por el principio de no discriminación por razón de sexo”.

<sup>8</sup> BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1999.

<sup>9</sup> El art. 109 CC quedó redactado de la siguiente manera: “La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la ley.

Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la ley.

El orden de apellidos inscrito para el mayor de los hijos regirá en las inscripciones de nacimiento posteriores de sus hermanos del mismo vínculo.

El hijo, al alcanzar la mayor edad, podrá solicitar que se altere el orden de los apellidos”.

La redacción dada por la Ley 40/1999 al art. 55 LRC/1957 fue la siguiente: “La filiación determina los apellidos.

En los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, ésta determina los apellidos, pudiendo el progenitor que reconozca su condición de tal determinar, al tiempo de la inscripción, el orden de los apellidos.

de Motivos de la Ley 40/1999 justificó adecuadamente el cambio a la luz del principio de igualdad reconocido en nuestra Constitución y en atención a distintas decisiones de ámbito internacional adoptadas sobre esta materia siendo “más justo y menos discriminatorio para la mujer permitir que ya inicialmente puedan los padres de común acuerdo decidir el orden de los apellidos de sus hijos”<sup>10</sup>. Con ello se daba entrada a la autonomía de la voluntad de los progenitores en la imposición de los apellidos en una materia que tradicionalmente era considerada como una cuestión de orden público, por afectar a la identidad de las personas, y, por tanto, indisponible a la voluntad de los particulares<sup>11</sup>.

Si los progenitores no llegaban a un acuerdo, el art. 109 CC remitía a “la Ley”, entendiéndose que tal remisión era referida a la LRC/1957, pero la cuestión es que en ella no se hacía mención al supuesto de desacuerdo. Parece ser que los tribunales lo resolvían acudiendo al art. 194 RRC, por lo que seguía la prevalencia del apellido paterno frente

---

El orden de los apellidos establecido para la primera inscripción de nacimiento determina el orden para la inscripción de los posteriores nacimientos con idéntica filiación.

Alcanzada la mayoría de edad, se podrá solicitar la alteración del orden de los apellidos.

El encargado del Registro impondrá un nombre y unos apellidos de uso corriente al nacido cuya filiación no pueda determinarlos.

El encargado del Registro, a petición del interesado o de su representante legal, procederá a regularizar ortográficamente los apellidos cuando la forma inscrita en el Registro no se adecue a la gramática y fonética de la lengua española correspondiente”.

<sup>10</sup> En consonancia con esta reforma impulsada por la Ley 40/1999, el Real Decreto 193/2000, de 11 de febrero introdujo en el art. 194 RRC la expresión “a salvo la opción prevista en el artículo 109 del Código Civil”, pero sigue manteniendo incomprensiblemente la prevalencia del apellido paterno. Por ello, convenimos con QUICIOS MOLINA, M. S., *op. cit.*, p. 259, que, pesar de la pretendida adecuación de la Ley 40/1999 al principio de no discriminación por razón de sexo y a la aspiración del legislador al cumplimiento del principio de igualdad reconocido en nuestra Constitución, “es muy significativo del escaso interés en adecuar nuestra legislación al principio de no discriminación por razón de sexo que en el año 2000 se mantenga por el legislador, sin recato ninguno, la preferencia del apellido paterno sobre el materno”.

<sup>11</sup> QUICIOS MOLINA, M. S., *op. cit.*, pp. 261 y 273, considera que la caracterización del nombre como derecho de la personalidad hace de este tema “una cuestión de orden público y como tal escasamente permeable al juego de la autonomía privada. Sin embargo, [...] es indudable el mayor juego permitido en los últimos años por la ley a la voluntad de los particulares [...], la de los progenitores que tienen el deber de dar un nombre a sus hijos (e inscribirlos en el Registro Civil)”.

al materno<sup>12</sup>. Por otra parte, para los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, la nueva redacción del art. 55 LRC/1957 dada por la Ley 40/1999 establecía que la filiación reconocida determinaría los apellidos, pudiendo el progenitor que reconozca su condición de tal determinar, al tiempo de la inscripción, el orden de los apellidos<sup>13</sup>.

Fue, por tanto, la Ley 40/1999 la que dio paso a la autonomía de la voluntad de los progenitores –o del único progenitor cuya filiación está reconocida, normalmente la madre, que puede determinar el orden de sus apellidos–, para acordar el orden antes de la inscripción registral, en aras de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad entre hombre y mujer y de no discriminación por razón de sexo, dejando atrás aparentemente la histórica imposición del apellido paterno en el sistema jurídico español en la determinación del orden de los apellidos de la persona<sup>14</sup>.

En esta misma línea, la actual Ley del Registro Civil de 2011<sup>15</sup>, como se señala en el apartado V de su Preámbulo y con el fin de avanzar en la igualdad de género, «prescinde de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno permitiendo que ambos progenitores sean los que acuerden el orden de los apellidos». Así, el artículo 49.2 de esta Ley establece que “si la filiación está determinada por ambas líneas, los progenitores acordarán el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral”, insistiendo en el juego concedido a la autonomía de la voluntad de los

---

<sup>12</sup> Un análisis de las diferentes interpretaciones dadas por la jurisprudencia y por las resoluciones de la DGRN en TORRELLES TORREA, E., *op. cit.*, pp. 193 y 194.

<sup>13</sup> La redacción original del art. 55 LRC/1957 ya permitía que los hijos reconocidos solo por la madre llevaran “los dos primeros apellidos de ésta, pudiendo, si así lo desean, invertir su orden”, por lo que ya se aprecia la disponibilidad a la voluntad de la madre.

<sup>14</sup> “Ese juego concedido a la autonomía de la voluntad sigue siendo excepcional” según declara QUICIOS MOLINA, M. S., *op. cit.*, pp. 274 y 275, ya que “no es nada habitual que se elija el materno como primero de los del hijo (lo que ha sido tildado de “patriarcado del consentimiento”)”. Además dicha autora analiza la tendencia de recientes resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (anteriormente denominada Dirección General de los Registros y del Notariado) reacias a modificar el orden de los apellidos inscritos solicitados “por una nueva de voluntad de signo contrario” (resolución de 4 de marzo de 2020), incluso con la alegación de los progenitores de la existencia de un error en la gestoría encargada de la inscripción (resolución de 12 de diciembre de 2019).

<sup>15</sup> Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011).

progenitores en la determinación del orden de los apellidos de su primer hijo<sup>16</sup>.

En caso de inexistencia de acuerdo o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el mismo art. 49.2 establece que “el Encargado del Registro Civil requerirá a los progenitores, o a quienes ostenten la representación legal del menor, para que en el plazo máximo de tres días comuniquen el orden de apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el Encargado acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor”. Continúa el artículo indicando que para los casos de nacimiento con una sola filiación reconocida, “ésta determina los apellidos”, pudiendo el progenitor establecer el orden de los apellidos.

A pesar de los sucesivos aplazamientos de la entrada en vigor de la actual LRC –definitivamente ha entrado en vigor el 30 de abril de 2021–, la Disposición final décima estableció expresamente que el art. 49.2 entraba en vigor el 30 de junio de 2017. Dado que hasta entonces la aplicación del art. 194 RRC–aun con la redacción dada por el RD de 11 de febrero de 2000–, mantenía que, en defecto de acuerdo de los progenitores, el primer apellido fuera el del padre y el segundo el de la madre, no ha sido hasta la entrada en vigor de este art. 49.2 cuando definitivamente la prevalencia del apellido paterno ha dejado de tener resultado<sup>17</sup>. En efecto, actualmente a falta de acuerdo –bien por desacuerdo de los progenitores, bien por no hacer constar los apellidos en la solicitud de inscripción–, tal y como determina el texto del art. 49.2, será el Encargado del Registro Civil quien «acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor», concepto este último que pasaremos a contextualizar para su aplicación en la determinación de los apellidos por reconocimiento tardío de paternidad.

---

<sup>16</sup> Dispone el último párrafo del art. 49.2 LRC que “el orden de los apellidos establecido para la primera inscripción de nacimiento determina el orden para la inscripción de los posteriores nacimientos con idéntica filiación”.

<sup>17</sup> ORDÁS ALONSO, M., *op. cit.*, p. 59, califica como muy sugerente la tesis defendida por Bercovtiz quien alberga “serias dudas sobre la continuada vigencia del art. 194 del Reglamento”, porque “el único sentido posible de la modificación introducida en el art. 53 LRC/1957 es precisamente el de eliminar la preferencia, que resultaba de la redacción anterior de aquel, a favor del apellido del padre. En este sentido, cabe especular con la existencia de un supuesto de posible derogación tácita del art. 194 del Reglamento por el nuevo art. 53 de la Ley, reforzada por la incompatibilidad del mismo con el art. 14 CE”.

### 3. El interés superior del menor como criterio en la determinación del orden de los apellidos por reconocimiento tardío de la paternidad

La situación personal y social de los menores, en concreto su necesidad de protección, ha motivado que el interés del menor haya sido considerado en nuestro ordenamiento jurídico como un principio general del Derecho aplicable a cualquier actuación respecto a la persona menor de edad. El interés de una persona –en este caso aplicable al menor de edad–, es una consideración instrumental del Derecho para la satisfacción de sus fines esenciales y vitales, que comprende, no solo los bienes materiales o patrimoniales del sujeto, sino otros bienes y valores importantes de la persona, que hace del interés el principal motor de toda conducta humana<sup>18</sup>.

Se le ha atribuido a la expresión “interés del menor” el juicio de concepto jurídico indeterminado en cuanto que no se ha definido ni concretado la idea del interés ni conceptual ni normativamente<sup>19</sup>. Por una parte, la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del

---

<sup>18</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, realiza un extensivo estudio sobre el interés del menor como criterio instrumental para resolver cualquier problema –jurídico o no– que le atañe. En concreto indica que, en razón precisamente de su minoría de edad y de su personalidad en desarrollo, “tienen particular importancia los bienes y valores no racionales (afectos, aspiraciones, impulsos inconscientes) por cuanto conforman destacadamente su vida y llenan en mayor proporción sus necesidades”.

<sup>19</sup> La precursora STS de 17 de febrero de 2015 reconoce, como trataremos más adelante, que, en toda la normativa internacional, estatal y autonómica, late el interés del menor como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte, “si bien dicho interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales” (F.J. 3º).

Menor<sup>20</sup>, plasmó en la redacción original del art. 2 que “primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”, pero sin especificar criterio alguna de interpretación. Sin embargo, la redacción dada a este art. 2 por la L.O. 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia<sup>21</sup> amplió considerablemente la regulación del criterio de “interés superior del menor” y estableció unos criterios generales a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor.

Actualmente el art. 2.1 de la L. O. 1/1996 establece que “todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado”. A tenor del mismo apartado 1, en la aplicación de todas las leyes que afecten a menores así como en las medidas que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales o los órganos legislativos, primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Concluye estableciendo que “las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor”.

Los criterios generales establecidos en el apartado 2 del art.2 de la L.O. 1/1996, introducidos por la modificación efectuada por la L.O. 8/2015, sirven a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto<sup>22</sup>. Además se introdujeron en el apartado 3 unos elementos

---

<sup>20</sup> BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

<sup>21</sup> BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015.

<sup>22</sup> Estos criterios generales son: “a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia

generales que deberán tenerse en cuenta para ponderar dichos criterios, como son, entre otros, la edad y la madurez del menor, la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación, la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten, la minoración de riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro, etc.<sup>23</sup>. El apartado 4 establece los criterios a seguir en caso de concurrir otros intereses legítimos pero que “en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

Es, por tanto, el interés del menor uno de los principales criterios, si no el más importante, a tener en cuenta por imperativo legal en las diferentes actuaciones jurídicas donde aparezcan y se juzguen derechos de personas menores de edad.

---

de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad”.

<sup>23</sup> Los elementos generales a tener en cuenta para la ponderación de los criterios generales a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor establecidos en el apartado 3 del art. 2 son: “a) La edad y madurez del menor.

b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.

c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.

d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.

e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.

f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara”.



Una de las actuaciones jurídicas sobre derechos de un menor de edad es precisamente cuando procede la modificación registral en la inscripción de su nacimiento por estar solo determinada la maternidad, determinándose posteriormente su paternidad. En estos casos, la inscripción original reflejaba los apellidos de la madre –en su mismo orden o en orden inverso, dependiendo de su única decisión– y, al quedar determinada judicialmente su paternidad, procede una rectificación en la inscripción registral en cuanto que ha de quedar inscrito el apellido paterno.

En este sentido, la determinación de la filiación con posterioridad a la inscripción registral de un menor supone la modificación de la inscripción en referencia a la filiación y a los apellidos y permite la solicitud de un cambio en el orden inscrito. Ello no debe generar problemas si los progenitores llegan a un acuerdo en el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, tal y como prevé el art. 49.2 de la LRC/2011, siempre que sea antes de la rectificación registral<sup>24</sup>. Ahora bien, el problema se suscita cuando, a falta de acuerdo, –bien por desacuerdo de los progenitores, bien por no hacer constar los apellidos en la solicitud de inscripción–, tal y como determina el texto del art. 49.2, será el Encargado del Registro Civil quien “acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor”.

La aplicación del criterio del interés superior de menor por parte del Encargado del Registro Civil es el criterio elegido por el legislador

---

<sup>24</sup> El art. 49.2 hace referencia a que los progenitores acordarán el orden de transmisión de su respectivo primer apellido “antes de la inscripción registral”. El hecho de que se exija el acuerdo antes de la inscripción registral es sin perjuicio de que la alteración del orden de los apellidos pueda lograrse por el hijo al llegar a la mayoría de edad (*ex arts. 109 CC y 55 LRC/1957*) o de que el Ministerio de Justicia puede autorizar cambios de nombre y apellidos, previo expediente instruido en forma reglamentaria (*ex art. 57 LRC/1957*). Ya la STC de 7 de octubre de 2013 estableció que “las normas registrales del orden de apellidos están dirigidas al momento anterior a la inscripción registral de nacimiento, concediendo a los padres una opción que ha de ejercitarse ‘antes de la inscripción’ y, de no realizarse, se aplica el orden supletorio establecido reglamentariamente”. No obstante, en el caso de determinación posterior de la filiación por uno de los progenitores que implica rectificación registral, creemos que, por analogía, pueda permitirse un acuerdo de los progenitores respecto al orden de los apellidos, siempre antes de la modificación registral, lo cual facilitará su determinación por acuerdo del orden de los apellidos. En caso contrario, como subraya la STC, entraría “en juego el derecho del menor a su nombre” ponderándose “especialmente el interés del menor y su derecho fundamental al nombre como integrante de su personalidad” (FJ 7º).

de 2011 para establecer el orden de los apellidos en caso de desacuerdo<sup>25</sup>. Para ello, el encargado responsable de imponer este orden debe tener en cuenta, por un lado, los criterios del art. 2.2 a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor y, por otro, los elementos a tener en cuenta para la ponderación de estos criterios del art. 2.3.

Entre los criterios generales del art. 2 están la satisfacción de las necesidades básicas del menor, “tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas” –apartado 2 a)– y “la preservación de su identidad garantizando el desarrollo armónico de su personalidad” –apartado 2 d)–; y entre los elementos generales a tener en cuenta para la ponderación de estos criterios generales están “la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro” –apartado 3 d)– y “aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores” –apartado 3 f)–. El art. 2 añade, además, que “los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara”.

No cabe duda de que todos estos criterios y elementos generales pueden servir al Encargado del Registro Civil para determinar el orden de los apellidos; ahora bien, dichos criterios siguen siendo muy generales y poco concretos y, en muchos casos, dificultan su aplicación de forma específica. Se le deja la labor de interpretar y aplicar un concepto jurídico indeterminado –el mejor interés del menor en

---

<sup>25</sup> No ha sido unánime la doctrina al considerar este criterio como el más adecuado. Así, ORDÁS ALONSO, M., *op. cit.*, pp. 88 y 89, considera que “no hubiera sido descabellado que el legislador hubiera establecido un criterio objetivo al que debiera atenerse el encargado del Registro Civil”, por ejemplo un sorteo celebrado en presencia de ambos progenitores. Otros criterios propuestos fueron el orden alfabético (ascendente o descendente), la primacía del apellido menos frecuente o del que tuviera más riesgo de desaparecer, el del padre si es hijo varón o el de la madre si es hija mujer, etc. De neutral califican la decisión legislativa de imponer la responsabilidad de elegir el orden de los apellidos al encargado del Registro Civil, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. Y GARCÍA RUBIO, M.P., «El nombre de las personas físicas», en M.C. Gete-Alonso y Calera (Dir), *Tratado de derecho de la persona física*, Tomo I, Ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, p. 491.

defecto de acuerdo de los progenitores– para determinar el orden de esos apellidos, dependiendo, por tanto, de la apreciación, muchas veces subjetiva, del responsable de tomar esta decisión.

#### **4. La aplicación del criterio del interés del menor en la determinación del orden de los apellidos del menor en la jurisprudencia española de la última década**

Las resoluciones judiciales que han resuelto en los últimos años supuestos de desacuerdo entre los progenitores para la determinación del orden de los apellidos han atendido mayoritariamente al interés del menor como criterio decisorio en aplicación a lo establecido en el art. 49 LRC/2011. Ya el Tribunal Constitucional en sentencia de 7 de octubre de 2013<sup>26</sup> consideró el interés del menor como guía a la hora de fijar el orden de los apellidos en caso de desacuerdo de los progenitores, a pesar de hacer referencia a que consolidada doctrina jurisprudencial y abundantes resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado otorgaban “preferencia a la línea de filiación paterna sobre la materna”<sup>27</sup>. Asimismo, el Tribunal Supremo ha autorizado, incluso en sentencias anteriores a la entrada en vigor de la LRC/2011<sup>28</sup> –siendo, por tanto, de aplicación el art. 194 RRC<sup>29</sup> que establecía que, en defecto de acuerdo de los progenitores, el primer

---

<sup>26</sup> BOE núm. 267, de 7 de noviembre de 2013.

<sup>27</sup> En este supuesto, la madre invoca en amparo el interés del menor en seguir manteniendo su primer apellido materno ya que así lo había venido utilizando desde el nacimiento. Así lo estima el TC al entender que “en estas circunstancias es identificable el interés del menor en seguir manteniendo su nombre y en este caso su primer apellido materno, al ser conocido por él mismo en los diferentes ámbitos familiar, social o escolar”.

<sup>28</sup> Como ya hemos apuntado anteriormente, el art. 49 LRC/2011 entró en vigor el 30 de junio de 2017.

<sup>29</sup> Aprecia QUICIOS MOLINA, M. S., *op. cit.*, pp. 267 y 268, que “el Tribunal Constitucional, en su sentencia 176/2012, de 11 de octubre, desaprovechó la ocasión de pronunciarse sobre el respeto, o no, del principio de igualdad por el art. 194 RRC”. También considera una oportunidad perdida de considerar derogado tácitamente el art. 194 RRC, la STC 167/2013, de 7 de octubre, por rehuir “pronunciarse sobre la vulneración del principio de no discriminación” y la STC 242/2015, de 30 de noviembre, ya que rehúye la cuestión “por no invocarse el principio de igualdad en la instancia”.

apellido fuera el del padre y el segundo el de la madre-, una interpretación correctora a favor de la aplicación del interés superior del menor. Así, las SSTs de 17 de febrero de 2015 (Roj: STS 544/2015) -la primera en adelantar la aplicación de los criterios legales contenidos en el art. 49.2 de la LRC/2011 sin haber entrado aún en vigor- y de 1 de febrero de 2016 (Roj: STS 338/2016) apreciaron el criterio del interés superior del menor para la alteración en el orden de los apellidos como subsidiario del acuerdo entre los progenitores<sup>30</sup>.

Aplicándose por tanto el principio del interés superior del menor como criterio para la determinación del orden de los apellidos en defecto de acuerdo, la tendencia jurisprudencial general ha sido considerar que este interés reside en mantener como primer apellido aquel que se le impuso al nacer, es decir, mantener el primer apellido inscrito (normalmente el materno, *mater semper certa est*). De esta manera, la argumentación jurisprudencial reside en que cuando la determinación de la filiación no matrimonial del padre es tardía, no debe haber lugar a la alteración del orden de los apellidos si no consta un beneficio concreto para el menor.

Esta solución responde a que resulta más beneficioso para cualquier persona conservar y mantener su identidad como derecho fundamental, y en aras del interés superior del menor, su identidad queda constatada en su inicial inscripción, estando, por tanto, su identificación reflejada en el Registro Civil desde el momento de su nacimiento. La anteriormente citada STC de 7 de octubre de 2013 señaló que en el caso de determinación judicial de la paternidad, si la filiación se establece de forma sobrevenida, con las consecuencias

---

<sup>30</sup> La sentencia de 2015 establece que, reconociendo que en toda la normativa internacional, estatal y autonómica late el interés del menor como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte, “dicho interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales” (FJ 3º). Por su parte, la sentencia de 2016 señala que lo relevante no es “cuál era el deseo del padre desde que tuvo lugar el nacimiento del menor, por noble que fuese, sino cuál será el interés protegible de este menor al día de hoy respecto al cambio del orden de los apellidos con el que consta inscrito en el Registro Civil, y con el que viene desde entonces identificado en la vida familiar, social y escolar” (FJ 3º).

inherentes a los apellidos, entra en juego el derecho del menor a su nombre puesto que había venido utilizando el primer apellido materno, siendo patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona<sup>31</sup>. En el mismo sentido, las anteriormente citadas SSTS 17 de febrero de 2015 y 1 de febrero de 2016, siguiendo la perspectiva constitucional creada por el TC en la ya referida sentencia de 2013, establecieron el criterio ciertamente favorable a mantener el apellido materno como primer apellido del hijo en la medida en que así se le identificó al nacer, pues se insiste en que no se trata de que no le perjudique el cambio al hijo, sino en que no le beneficia especialmente atendiendo a las circunstancias concurrentes, debiendo “ponderarse especialmente el interés del menor y su derecho fundamental al nombre como integrante de su personalidad a la hora de decidir sobre el orden de los apellidos”. La alteración en el orden de sus apellidos puede afectar a la identidad del menor, con independencia del momento temporal en el que se realice –lógicamente, cuanto mayor sea el período temporal transcurrido desde la inscripción registral hasta su modificación, mayor dificultad–, tanto en su ámbito personal como familiar, social o escolar<sup>32</sup>. Asimismo, la STS 11 de noviembre 2015<sup>33</sup> establece que no se trata de si, usando como primer apellido el del padre, se perjudica al menor, sino de indagar cual será el interés superior de éste respecto de dicho extremo; y si familiar, social y escolarmente se ha identificado el primer apellido con el de la madre, con él debe permanecer (FJ 5º). También la STS de 10 de noviembre de 2016<sup>34</sup> reconoce que, habiéndose inscrito el menor con el primer apellido de la madre, por ser la única filiación reconocida en ese momento, no se ha acreditado ninguna circunstancia que, siempre bajo el interés superior del menor, aconseje el cambio del apellido con el que aparece identificado desde la inscripción de su nacimiento. Por tanto, la interrogante que se ha de

---

<sup>31</sup> El menor afectado estaba escolarizado y había venido utilizando el primer apellido de su madre desde su nacimiento, sin que hubiera tenido una relación personal estable con su padre, por lo que en estas circunstancias es identificable por el TC el interés del menor en seguir manteniendo su nombre y su primer apellido materno al ser conocido por ellos en los diferentes ámbitos familiar, social o escolar.

<sup>32</sup> QUICIOS MOLINA, M. S., *op. cit.*, pp. 276-281, examina, a falta de acuerdo entre los progenitores, las posibles distintas respuestas de aplicación del criterio del interés del menor dependiendo de las circunstancias en cada caso concreto.

<sup>33</sup> Roj. STS 4598/2015.

<sup>34</sup> Roj. STS 4839/2016.

responder en estos supuestos no es si existe perjuicio para el menor por el cambio de apellidos, sino si, partiendo del que tiene como primero, le supondría un beneficio el cambio, de forma que el primero fuese el paterno y el segundo el materno. Si no consta ese beneficio, no existe razón para alterar el primer apellido con el que viene identificado (FJ 3º).

Habiendo entrado en vigor ya el art. 49.2 LRC que obliga al Encargado del Registro Civil a acordar el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor<sup>35</sup>, siguen la misma línea argumental las SSTs de 29 de noviembre de 2017 y 1 de diciembre de 2017<sup>36</sup>. La primera lo enlaza, además, con el derecho a la imagen del menor por lo tardío de la reclamación, ya que tal cambio afectaría al interés del menor en su ámbito familiar, escolar y social (FJ 3º. 6). Y la segunda, considerando que el menor fue inscrito con una sola filiación reconocida teniendo como primer apellido el que entonces se determinó, considera que lo relevante no es el deseo del padre desde que tuvo lugar el nacimiento del menor, sino cuál es el interés protegible que lo identifica desde el nacimiento en la vida familiar, social o escolar, siendo patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona desde su nacimiento (FJ 2º). Otras sentencias que mantienen el primer apellido materno en la inscripción registral tras el reconocimiento tardío de la paternidad son

---

<sup>35</sup> Como ya hemos indicado anteriormente, la Disposición final décima de la LRC estableció expresamente que el art. 49.2 entraba en vigor el 30 de junio de 2017.

<sup>36</sup> Roj. STS 4258/2017 y Roj. STS 4266/2017 respectivamente.

las SSTS 17 enero 2018<sup>37</sup>, de 7 marzo 2018<sup>38</sup>, 9 de mayo 2018<sup>39</sup> y 14 septiembre 2018<sup>40</sup>.

En el mismo sentido y más recientemente, la STS de 17 de julio de 2020<sup>41</sup> consideró que lo más beneficioso para el interés del menor era mantener el orden de los apellidos en cada núcleo familiar respecto de sus progenitores biológicos, ya que conservar el mismo orden de apellidos que sus hermanos con los que comparte filiación biológica le acarrearía menos problemas de identificación en la vida familiar, social y escolar. De esta forma, se valoró el interés del menor ponderando que sus padres biológicos tenían otros hijos y la finalidad era mantener la coincidencia de apellidos con sus hermanos de un solo vínculo<sup>42</sup>. También la STS de 30 de noviembre de 2020<sup>43</sup> mantuvo el orden de apellidos inicialmente inscrito, negando su alteración a pesar del reconocimiento tardío de la paternidad, alegando que “un cambio de tal naturaleza no se concilia con su superior interés, constituido por el libre desarrollo de su personalidad en el entorno social en que se desenvuelve” (FJ 2<sup>o</sup>)<sup>44</sup>.

---

<sup>37</sup> Roj. STS 47/2018.

<sup>38</sup> Roj. STS 813/2018. Resulta curioso como en esta sentencia, la parte recurrente hizo descansar el beneficio en que su hija matrimonial y la extramatrimonial tendrían el mismo apellido y ello facilitaría el óptimo desarrollo de la personalidad de la segunda. Sin embargo, la Sala, teniendo en cuenta la notable diferencia de edad de ambas, estimó que necesitaría el apoyo de informes periciales “*ad hoc*” que le ilustrasen sobre ese beneficio, al no existir más que la opinión del recurrente. En defecto de informes de tal naturaleza no pudo aventurarse a admitir la existencia de un beneficio que ignora, por lo que desestimó el recurso.

<sup>39</sup> Roj. STS 1625/2018. En este caso, la argumentación del Tribunal Supremo considera noble y recta la conducta del padre en orden a reconocer a su hijo menor y a relacionarse con él, haciendo un cierto reproche a la madre a la hora de no propiciar ese reconocimiento y comunicación, pero ello no atisba ningún argumento que justifique cual sea el beneficio del menor con el cambio del orden de los apellidos, si se le suprimiese el primero que viene usando desde la inscripción de su nacimiento.

<sup>40</sup> Roj. STS 3155/2018.

<sup>41</sup> Roj. STS 2673/2020.

<sup>42</sup> En este recurso, se plantea un supuesto de una menor inscrita con el primer apellido del presunto padre –cuya filiación se destruye posteriormente a favor del padre biológico– y con el segundo apellido de la madre, pretendiendo ésta que al reconocerse la paternidad posterior –que derivaría en una rectificación registral del primer apellido–, sea el apellido materno el que aparezca en primer lugar.

<sup>43</sup> Roj. STS 4482/2020.

<sup>44</sup> En este caso, la sentencia amplía el ámbito al que puede afectar la modificación de apellidos, no solo a nivel familiar y social, sino también “a nivel escolar, administrativo, médico y de relación”.

En sentido contrario –si bien posteriormente el Tribunal Constitucional enmendó el criterio jurisprudencial–, la STS de 23 de noviembre de 2017<sup>45</sup> desestimó la pretensión “extemporánea” de la madre de mantener el primer apellido materno inscrito, a pesar de ser reconocida la paternidad con posterioridad –y con oposición del padre–, fundamentándolo rigurosamente en que “el interés del menor no ha podido ser vulnerado, por cuanto solo cabría su examen por el encargado del Registro Civil o por la sentencia en defecto de acuerdo de los progenitores, y, sin embargo, en los escritos rectores del proceso no existió desacuerdo sobre el orden de los apellidos de la menor sino acuerdo”<sup>46</sup>. El Tribunal hizo una estricta aplicación del art. 49.2 LRC/2011 en razón a que el interés del menor solo se justifica si no hay acuerdo en el mantenimiento del orden de los apellidos –entendiendo que había acuerdo ya que el desacuerdo fue extemporáneo– por lo que debía ser el Encargado del Registro Civil el que atendiera dicho interés. Este pronunciamiento fue recurrido ante el Tribunal Constitucional en amparo y fue resuelto por la STC 178/2020 14 diciembre<sup>47</sup> que, al socaire de analizar la vulneración de los derechos fundamentales de una menor –en concreto el derecho a su imagen–, consideró que la tramitación para la alteración de los apellidos debía resultar de lo más beneficiosa para ella, cuyos intereses son prevalentes. Entre sus argumentaciones consideró que al tratarse de una cuestión de orden público, no debían prevalecer las pretensiones de los progenitores, sino exclusivamente el real beneficio del hijo menor<sup>48</sup>.

Recientemente, la STS de 21 de noviembre de 2022<sup>49</sup> sí que autorizó el cambio de apellidos en aras del mejor interés, –si bien la persona que instó el cambio era mayor de edad en el momento de la resolución, no cuando fue iniciado el procedimiento en primera instancia por su madre–, pasando a ostentar los apellidos de su madre, con supresión del apellido del padre impuesto en el momento del nacimiento<sup>50</sup>. Esta

<sup>45</sup> Roj. STS 4165/2017.

<sup>46</sup> El desacuerdo llegó posteriormente ya que la petición de la madre de mantener el primer apellido materno, “más que extemporáneo fue sorpresivo pues se hizo en el acto de la vista, en contra de lo ya instando en la demanda, y sin motivar qué circunstancia aconsejaba el cambio” (FJ 2º).

<sup>47</sup> BOE núm. 22 26 de enero de 2021.

<sup>48</sup> QUICIOS MOLINA, M. S., *op. cit.*, p. 253, crítica de este pronunciamiento del Constitucional que la sentencia centra el debate sobre el interés superior del menor, eclipsando con ello el de la posible discriminación por razón de sexo.

<sup>49</sup> Roj. STS 4282/2022.

<sup>50</sup> El artículo 55 LRC permite la autorización del cambio de apellidos en



sentencia, aun autorizando el cambio de apellidos con supresión del apellido inscrito del padre, hace referencia a la necesidad, en el común de los casos, “de una interpretación restrictiva, dada la seguridad jurídica que exige, en las relaciones sociales, la identificación de las personas mediante la estabilidad de sus apellidos legalmente determinados” (F.J. 2º).

## 5. A modo de conclusión

Por todo ello, podemos concluir que, dada la individualización que confiere en la identidad de una persona su identificación con nombre y apellidos, la determinación del orden de estos en la inscripción registral es una cuestión trascendente que afecta al ámbito de los derechos de la personalidad del individuo.

Habiendo sucedido en los últimos años importantes cambios legislativos referidos a la determinación en el orden de los apellidos –primando la voluntad de los progenitores en dicha determinación–, cuando el reconocimiento posterior de la filiación de un menor de edad supone la rectificación registral de sus apellidos, a falta de acuerdo, debe primar por encima de todo el criterio de su mejor interés.

Razones tanto de orden público como de seguridad jurídica apuntan a que ha de darse una cierta permanencia al nombre y apellidos inscritos en el momento del nacimiento. El mejor interés del menor obedece, en muchas ocasiones, a mantener el orden de los apellidos inscritos en tanto que garantiza la persistencia de la identidad de la persona en cuanto modo de dignificar su individualidad.

---

“circunstancias excepcionales”, pudiendo ser la consideración al mejor interés de la persona una circunstancia excepcional. Consideró el Alto Tribunal que concurren “circunstancias excepcionales» para la alteración de los apellidos en tanto que la “repercusión psicológica tan negativa como la que sufre la demandante, con clara afectación a su bienestar psíquico, provocando situaciones de evitación, lesiones en la autoestima y aislamiento social, con una vidente crisis de identidad personal”, hacen que esta crisis de identidad de la actora se haya “cristalizado dificultando el desarrollo de su personalidad” (F.J. 2º).

## Bibliografía

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. Y GARCÍA RUBIO, M.P., «El nombre de las personas físicas», *Tratado de derecho de la persona física* (dir. M.C. Gete-Alonso y Calera), Tomo I, Ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 469-521.

DE LA IGLESIA MONJE, M.I., «El interés superior del menor y el orden de los apellidos sin acuerdo de los progenitores tras la determinación de la filiación de manera sobrevenida», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 761, 2017, pp. 1433-1448.

FEMENÍA LÓPEZ, P.J., *La determinación de la filiación en "interés del menor". "Turismo reproductivo" y nuevos modelos de familia*. Ed. Dykinson, Madrid, 2019.

GARCÍA RUBIO, M. P., «¿Qué es y para qué sirva el interés del menor?», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, pp. 14-49.

ORDÁS ALONSO, M., «Imposición al menor del apellido paterno: igualdad, derecho a la propia imagen, interés del menor», *Derecho privado y Constitución*, 2014, pp. 47-92.

PADIAL ALBÁS, A., «El interés superior del menor en el ejercicio de la responsabilidad parental de los progenitores: análisis de la potestad parental en el Código civil catalán», en García Garnica, M.C. y Marichal Escalona, N. (Dirs.), *Aproximación interdisciplinaria a los retos actuales de protección a la infancia dentro y fuera de la familia*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 99-123.

PARRA LUCÁN, M.A., «Nombre y domicilio», en Pablo Contreras (Coord.), *Curso de Derecho civil (I), volumen II, Derecho de la persona*, Ed. Edisofer, Madrid, 2021, pp. 61-80.

QUICIOS MOLINA, M. S., «Filiación e interés superior del menor», en García Garnica, M.C. y Marichal Escalona, N. (Dirs.) *Aproximación interdisciplinaria a los retos actuales de protección a la infancia dentro y fuera de la familia*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 43-66.

QUICIOS MOLINA, M. S., «Orden de los apellidos: autonomía privada, interés superior del menor y no discriminación por razón de sexo», *Derecho privado y Constitución*, núm. 39, 2021, pp. 249-286.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*. Ed. Dykinson (2ª edición), Madrid, 2007.

TORRELLES TORREA, E., «La elección del orden de los apellidos por parte de los progenitores y los criterios de determinación a falta de

acuerdo en la ley del Registro civil de 2011», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 753, 2016, pp. 185-222.



# El reconocimiento de la filiación no matrimonial cuando intervienen medidas de apoyo voluntarias: algunas cuestiones debatibles

*Ernesto Francisco Sarrión Hernández*

**ABSTRACT:** La revisión de la filiación no matrimonial tras la aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, manifiesta una meticulosa preocupación acerca de cómo la capacidad puede influir en el reconocimiento manifestado. Así, el tratamiento de las distintas medidas de apoyo - judiciales o de naturaleza voluntaria e, incluso, la guarda de hecho - dotan a este reconocimiento de ciertas aristas que necesitan ligarse a la nueva significación de la capacidad.

**SUMARIO:** 1. Introducción. – 2. El art. 44 lrc: La nueva filiación no matrimonial. – 3. La determinación de la filiación no matrimonial a la luz del modificado art. 121 cc. – 4. ¿Es la guarda de hecho una medida suficiente? – 5. Conclusiones.

## 1. Introducción

Si bien en la redacción original de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil<sup>1</sup>, su Preámbulo anunciaba la eliminación de cualquier

---

<sup>1</sup> Acumula esta ley un sinfín de cambios. Así, entre ellas la efectuada por la disposición final quinta de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, que modificó la disposición final décima de la LRC. Tras lo cual quedaba fijada como fecha general de entrada en vigor el 30 de abril de 2021, con la única salvedad de las disposiciones adicionales séptima y octava y las disposiciones finales tercera y sexta (entrando en vigor al día siguiente de su publicación en el

referencia a la filiación no matrimonial, equiparándose así a la matrimonial —atendiendo al principio rector de la política social y económica contenido en el art. 39.2 CE—, lo cierto es que las modificaciones posteriores que ha experimentado la LRC se han encargado de desdecir parcialmente esta afirmación. Esto se hizo patente con la modificación del art. 44 LRC —que hace referencia a la inscripción del nacimiento y filiación dentro del Título VI (“hechos y actos inscribibles”)— por parte del art. 2.1 de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil<sup>2</sup>. Es recientemente, de la mano de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, cuando se vuelve a modificar el art. 44 LRC, concretamente la redacción del primer párrafo del séptimo apartado, así como el art. 121 CC, ambos de especial interés en lo tocante a la filiación no matrimonial. En la actualidad, el art. 44 LRC ha experimentado una modificación por la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

---

BOE) y los arts. 49.2 y 53, que entraron en vigor el 30 de junio de 2017. Por su parte, entraron en vigor el 15 de octubre de 2015 los arts. 44, 45, 46, 47, 49.1 y 4, 64, 66 y 67.3, y la disposición adicional novena en la modificación realizada por la Ley 19/2015, de 13 de julio. Por otro lado, la entrada en vigor para las oficinas consulares sería el 1 de octubre de 2020.

Con la señalización *in fine* de que “el Gobierno adoptará las medidas y los cambios normativos necesarios que afecten a la organización y funcionamiento de los Registros Civiles”.

- <sup>2</sup> Cuya entrada en vigor se produjo el 15 de octubre de 2015, con excepción del apartado diez del artículo segundo —que daba una nueva redacción a la disposición final décima de la LRC en lo tocante a su entrada en vigor que, en la redacción original, decía que entraría en vigor a los tres años de la publicación de la ley en el BOE, salvo las disposiciones adicionales séptima y octava y las disposiciones finales tercera y sexta que entrarían en vigor al día siguiente de la publicación—y el apartado 1 de la disposición derogatoria única —que derogó las disposiciones adicionales vigésima, vigesimoprimera, vigesimotercera, vigesimocuarta y vigesimoquinta de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia— que entraron en vigor el 15 de julio de 2015.

En situaciones en las que el reconocimiento de la filiación no matrimonial ha sido otorgado por personas que, siendo mayores de edad, se encuentren en una situación que requiera una provisión de medidas de apoyo que complemente el ejercicio de su capacidad — siendo las voluntarias las que interesan a los efectos de este trabajo, especialmente tras su auge estadístico en la última década— habrá que fijarse en el papel que desempeñan las medidas que menciona la Ley 8/2021, de 2 de junio, centrándonos en los poderes y mandatos preventivos —sin obviar que las medidas de naturaleza voluntaria no se agotan en estos, sino que existe la posibilidad de configurar otras medidas, siguiendo los requisitos de forma (escritura pública ante Notario) y publicidad (inscripción en el Registro Civil), que se centren en coadyuvar al ejercicio de la capacidad jurídica<sup>3</sup> de aquellas personas que se den esta solución a sí mismas para el caso de necesitar el complemento— y haciendo hincapié en el ámbito de su inscripción y publicidad (art. 77 LRC), las dificultades de aplicación de este régimen a los mandatos preventivos sin poder (art. 262 CC) y la supletoriedad de las reglas de la curatela en lo no dispuesto en estas medidas voluntarias: ¿Es su contenido fiel a la voluntad, deseos y preferencias del otorgante?, ¿Cuál es el valor de las medidas voluntarias atípicas?, ¿Fuera de las medidas voluntarias, es la guarda de hecho la solución? Para ello es necesario ahondar en la nueva concepción de la discapacidad y, para este particular, cohesionarlo con la interpretación de la voluntad de la persona en el reconocimiento de la filiación no matrimonial.

## 2. El art. 44 lrc: La nueva filiación no matrimonial

Con anterioridad se ha anticipado el marchamo legislativo de la LRC, con múltiples reformas, y como ha ido evolucionando de forma

---

<sup>3</sup> Concepto que ha cambiado, tal y como explicita GARCÍA RUBIO, M.P., «Reivindicando el valor del Derecho civil. El tratamiento del Derecho civil por los poderes normativos», *Revista de Derecho Civil*, 2022, p. 241, ya que en la actualidad “se suprime, para los mayores de edad, la dicotomía capacidad jurídica-capacidad de obrar, lo que en buena lógica jurídica debe arrastrar el abandono de las referencias que, con unos u otros matices, se hacen a esta última en el conjunto del ordenamiento”.

enmarañada. Es así como, en la redacción original, el art. 44 contenía cinco apartados y ninguno de ellos hacía alusión expresa a la filiación no matrimonial siguiendo el mandato que el Preámbulo encerraba y que, como se ha señalado previamente, ha quedado desdicho por la reforma de 2021. En lo relativo al art. 44 LRC, la Ley 8/2021, de 2 de junio, se encarga en el tercer apartado de su artículo sexto de alterar la redacción del primer párrafo del art. 44.7. Desde la aprobación de la LRC esta supone la segunda reforma del precepto. La primera tuvo lugar con la aprobación de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil que empleaba su art. 2.1 para tal menester. Sumada a la modificación de algunos aspectos de los apartados ya preexistentes, es a partir de la reforma del 2015 cuando se menciona por primera vez la filiación no matrimonial en el art. 44 LRC —de hecho, dejando a un lado la mención hecha en el Preámbulo, es la única vez que la LRC señala de forma directa a la filiación no matrimonial—. El primer párrafo del art. 44.7 LRC, de reciente reforma por el legislador de 2021, mostraba la siguiente redacción tras la Ley 19/2015, de 13 de julio:

“El reconocimiento de la filiación no matrimonial con posterioridad a la inscripción del hijo podrá hacerse con arreglo a las formas establecidas en el Código Civil en cualquier tiempo. Si se realizare mediante declaración del padre ante el Encargado del Registro Civil, se requerirá el consentimiento expreso de la madre y del representante legal del hijo si fuera menor de edad o de este si fuera mayor. Si tuviera la capacidad modificada judicialmente se precisará, según la sentencia, el consentimiento de su representante legal, el asentimiento de su curador o el consentimiento del hijo. Para que sea posible la inscripción deberán concurrir, además, los requisitos para la validez o eficacia del reconocimiento exigidos por la Ley civil”.

Prorrumpe de modo chocante, al menos si se analiza desde una perspectiva actual, la alusión a la “capacidad modificada judicialmente”<sup>4</sup>; si bien, tenida en cuenta la fecha en la que se aprobó la reforma, casaba con el tenor con el que se trataba la capacidad en

---

<sup>4</sup> Así, BARBER CÁRCAMO, R., «Se modifica la redacción del primer párrafo del artículo 44.7 LRC», en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2021, p. 1338, quien explica que obedecía a la “adecuación del art. 124 CC a la graduación de la capacidad de obrar establecida en la Ley 13/1983, de 24 de octubre”.



aquel momento. Tiene como punto de partida el precepto el límite temporal con el que se puede dar el reconocimiento de la filiación no matrimonial tras la inscripción del hijo, señalando que podrá producirse “en cualquier tiempo”. Por lo que, a priori, no existe un lapso marcado para ese reconocimiento de filiación no matrimonial posterior a la inscripción del hijo. La forma en la que ventilaba este reconocimiento era conforme a lo establecido por el Código civil, es decir, por los arts. 108 y ss. —y, más concretamente, arts. 120-124 CC para la determinación de la filiación no matrimonial, sitos en la sección 3ª del Capítulo dedicado a la determinación y prueba de la filiación—

Continúa el desarrollo del reconocimiento centrando su análisis en quién da el consentimiento y la validez de este. En primer lugar, presenta la posibilidad de declaración ante el Encargado del Registro Civil por parte del padre, cuyos requisitos indispensables son el consentimiento materno (expreso) y del representante legal caso de existir. Por tanto, es necesario un doble consentimiento en tanto que se configura la redacción anudando el consentimiento expreso materno y del representante legal cuando el hijo es un menor de edad—que se presume, también en este caso, que el consentimiento del representante debe ser expreso, pues de lo contrario no tendría sentido tal exigencia para la madre favoreciendo al representante legal del menor—. Cuando el hijo sobre el que se pretenda el reconocimiento sea mayor de edad debe contar con el consentimiento de este. No solo por ser un requisito *ex lege* por atribución del art. 44 LRC, sino porque el primer párrafo del art. 123 CC así lo predica al negarle efectos a aquel reconocimiento que no cuente con el consentimiento del hijo mayor de edad. Ahora bien, en este último caso, el consentimiento requerido no tiene por qué ser expreso, pues se permite su expresión tácita —literalmente, “expreso o tácito”—. Este requisito para los hijos mayores de edad se asienta en el art. 123 CC desde su reforma por el art. 1 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, y se mantiene en la redacción dada tras la Ley 8/2021.

Concluye haciendo referencia al caso de la capacidad modificada judicialmente. Pese a no especificarlo, se colige que la referencia a la persona con la capacidad modificada judicialmente es hecha respecto al hijo al que se pretende reconocer mediante filiación no matrimonial. En este extremo atañe al contenido de la sentencia para saber qué

consentimiento será necesario: el del representante legal, el del curador o el del hijo. La alusión a la capacidad modificada judicialmente se antoja pretérita tras la reforma del 2021, por lo que se entiende más adecuado, en este apartado, realizar el análisis centrando su desarrollo en base a la actual redacción:

“El reconocimiento de la filiación no matrimonial con posterioridad a la inscripción de nacimiento podrá hacerse en cualquier tiempo con arreglo a las formas establecidas en la legislación civil aplicable. Si se realizare mediante declaración del padre ante el encargado del Registro Civil, se requerirá el consentimiento expreso de la madre y del representante legal si fuera menor de edad o de la persona a la que se reconoce si fuera mayor. Si se tratare de personas con discapacidad respecto de las cuales se hubiesen establecido medidas de apoyo, se estará a lo que resulte de la resolución judicial que las haya establecido o del documento notarial en el que se hayan previsto o acordado. Para que sea posible la inscripción deberán concurrir, además, los requisitos para la validez o eficacia del reconocimiento exigidos por la legislación civil”.

Parte la redacción de 2021 de un cambio que quizás pase inadvertido o que puede suponer una modificación sin mayor trascendencia en una primera lectura: intercambiar la remisión a las formas establecidas en el Código civil por la remisión a las formas establecidas “en la legislación civil aplicable”<sup>5</sup>, pero que sin duda supone un cambio crucial al acoger con esta fórmula no solo las normas contenidas en el Código civil aplicables a la filiación no matrimonial, sino también las que se encuentren en los respectivos Derechos civiles especiales. Algo más aguzada esta decisión en tanto que no se puede abordar de forma satisfactoria la filiación no matrimonial atendiendo única y exclusivamente al Código civil, sino que, como se manifiesta en la propia LRC y en el desarrollo de algunos

---

<sup>5</sup> HERRERO OVIEDO, M., «Artículo 47.7.I», en GARCÍA RUBIO, M.P. (dir.)/ MORO ALMARAZ, M.J. (dir.)/ VARELA CASTRO, I. (coord.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Civitas, Navarra, 2022, p. 1041, pone de manifiesto que en la redacción anterior, al hacer mención al Código civil, dejaba de lado el resto de legislaciones civiles, es decir, los distintos Derechos civiles especiales: “retoca su primera parte para adecuarla a la coexistencia en España de diversos regímenes civiles a los que les resulta de aplicación la normativa del Reg. Civ., en virtud del art. 149.1.8.ª CE”.

matices procesales<sup>6</sup>, es una cuestión que necesita una comprensión algo más global, tal y como se realiza tras la Ley 8/2021. Algo similar ocurre con los requisitos para la eficacia o validez de la inscripción: anteriormente los requisitos precisados eran los “exigidos por la Ley civil” y ahora se prefiere los “exigidos por la legislación civil”.

Respecto a los consentimientos, se realizan algunos cambios para clarificar su exégesis y otros que suponen un cambio absoluto en la forma en la que se significa la capacidad jurídica y que, mayormente, trae causa de la concepción de la capacidad proveniente de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006. Entre los de menor calado se encuentra, respecto al reconocimiento realizado por el padre, la precisión terminológica con la que ahora se hace referencia al consentimiento del hijo cuando es mayor de edad. En la redacción de 2015 se resolvía la cuestión de forma un tanto oscura; necesitando extraerlo del giro “o de este si fuera mayor” que, primeramente, se refería al hijo mayor que otorgaba el consentimiento. Se extiende actualmente ligeramente al afirmar “o de la persona a la que se reconoce si fuera mayor”. No obstante, de una o de otra manera, el resultado es el mismo: el necesario consentimiento del hijo cuando sea mayor de edad —que, como se ha manifestado previamente, el art. 123 CC permite un otorgamiento tanto expreso como tácito—. Una modificación singular es la sustitución de la alusión que se hacía al hijo por la de “persona”. Independientemente de los términos utilizados, pueden entenderse referidos al hijo al que se pretende reconocer mediante filiación no matrimonial.

Es con el cambio de paradigma de la capacidad jurídica contenido en la Ley 8/2021, embebida, a su vez, por el art. 12 de la Convención de Nueva York de 2006 y su respeto por la voluntad, preferencias y deseos de la persona<sup>7</sup>, donde la redacción del primer párrafo del art.

---

<sup>6</sup> Como puede ser la autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial, inserto en los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas, que regula la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria en sus arts. 23-26.

<sup>7</sup> *Vid.* GARCÍA RUBIO, M.P., «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio», *Revista de Derecho Civil*, 2018, p. 53, que resume el tenor de la reforma así: “el leit-motiv de la actuación del apoderado, del guardador de hecho, del curador o del defensor judicial deja de ser, como ya se ha dicho, el mejor interés de la persona con discapacidad, para centrarse únicamente en la voluntad, deseos y

44.7 LRC realmente da un vuelco de gran relevancia. Si en el 2015 el precepto hablaba de capacidad modificada judicialmente, esta expresión se abandona totalmente en tanto que dichos procesos se suprimen en nuestro ordenamiento para dar paso a un sistema de provisión de apoyos. Así, parte ahora de la idea de “personas con discapacidad respecto de las cuales se hubiesen establecido medidas de apoyo”. El origen de esas medidas de apoyo —judiciales (“resolución judicial”) o de naturaleza voluntaria (“documento notarial en el que se hayan previsto o acordado”)— no es lo relevante. Lo primordial, y que resulta de mecanismo de accionamiento de los efectos del artículo, es la existencia de las medidas de apoyo. O más precisamente, la aplicación de las medidas de apoyo. Esto es de especial interés puesto que las medidas de apoyo pueden establecerse de forma preventiva, anticipada, pero aún no estar implementadas.

Por ejemplo, buena muestra de esto último es el uso de los poderes preventivos otorgados ante Notario que pueden contener una cláusula de subsistencia —con el fin de mantener el contenido y efectos de un negocio jurídico preexistente a la situación de discapacidad— o que se hayan otorgado a los únicos efectos de desplegarse cuando se dé la situación de discapacidad que requiera apoyos. En ambos casos puede ser que esa situación de discapacidad futurible que se prevé no se haya dado aun o que ni siquiera llegue a darse. Se entiende así que la referencia del art. 44.7 LRC hecha a las personas con discapacidad respecto de las que se hayan establecido medidas de apoyo, en realidad, está hecha para cuando esas medidas de apoyo se estén ejecutando y no para cuando se hayan previsto, pero aún no hayan sido accionadas, pues si las medidas de apoyo no están siendo aplicadas carecería de sentido hacer un tratamiento aparte del consentimiento que pueda otorgar la persona, ya que se presumiría su capacidad para hacerlo sin necesidad tan siquiera de entrar a valorar un posible complemento a su capacidad jurídica que haga respetar su voluntad.

Es necesario mencionar la modificación del art. 44 LRC por la Ley 4/2023, de 28 de febrero. En primer lugar, la filiación no matrimonial en este precepto cambia su ubicación sistemática, pues ahora se encuentra regulada en su sexto apartado (art. 44.6 LRC). Por otro lado, al mencionar el reconocimiento de la filiación no matrimonial mediante declaración del padre, esta nueva redacción, añade “del

---

preferencias de esta”.

padre o madre no gestante". En cuanto al consentimiento expreso, en la actualidad se exige el "de la madre o persona trans gestante y del representante legal si fuera menor de edad o de la persona a la que se reconoce si fuera mayor". Asimismo, modifica la circunstancia 3ª respecto a la inscripción de la filiación mediante expediente ante el Encargado del Registro Civil, sin oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada, indicando ahora "respecto de la madre o persona trans gestante".

### **3. La determinación de la filiación no matrimonial a la luz del modificado art. 121 cc.**

Es el art. 1 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, el que añadió la Sección 3.ª ("De la determinación de la filiación no matrimonial") del Capítulo II ("De la determinación y prueba de la filiación") del Título V, dedicado a la paternidad y filiación, en el Libro primero ("De las personas") del Código civil. La redacción dada en aquel entonces se limitaba, de forma escueta y concisa, a afirmar que "el reconocimiento otorgado por los incapaces o por quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad necesitará para su validez aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal".

A fin de comprender el recorrido histórico de su redacción, la ubicación de este precepto no siempre estuvo dedicada a la paternidad y filiación tal y como se concibe en el presente la materia. Así, en la redacción original del Código civil el art. 121 se expresaba en los siguientes términos: "Sólo se considerarán legitimados por subsiguiente matrimonio los hijos que hayan sido reconocidos por los padres antes o después de celebrarlo". Esta redacción se hallaba en el Capítulo III referido a los "hijos legitimados" y que explicaba que solo aquellos hijos naturales podrían ser legitimados, teniendo esa legitimación efecto a través de dos vías: bien por el subsiguiente matrimonio de los padres, bien por concesión Real. Una redacción y tratamiento de la paternidad y filiación decimonónica que, como se ha puesto de relieve *ut supra*, ha quedado totalmente superada por el legislador de 1981, es decir, por una ley postconstitucional y que dota

de un sentido democrático la cuestión, dándole una puesta en escena al art. 39 CE.

Debe señalarse que el art. 121 CC se refiere al reconocimiento<sup>8</sup> (ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público), siendo esta una de las formas en las que se puede producir la determinación de la filiación no matrimonial, pero sin que sea la única, pues el art. 120 CC contempla, tras la aprobación de Ley 4/2023, de 28 de febrero, cinco posibles supuestos: declaración conforme del padre o progenitor no gestante en formulario al momento de inscribirse el nacimiento; reconocimiento; resolución fruto de un expediente según la normativa registral; sentencia firme; y, en relación con la madre o progenitor gestante, al practicar la filiación materna en la inscripción del nacimiento. El apartado trece del artículo segundo (“Modificación del Código civil”) de la Ley 8/2021, de 2 de junio, modifica de nuevo el art. 121 CC otorgándole la siguiente redacción:

“El reconocimiento otorgado por menores no emancipados necesitará para su validez aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal.

Para la validez del reconocimiento otorgado por personas mayores de edad respecto de las que hayan establecido medidas de apoyo se estará a lo que resulte de la resolución judicial o escritura pública que las haya establecido. Si nada se hubiese dispuesto y no hubiera medidas voluntarias de apoyo, se instruirá la correspondiente revisión de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas para completarlas a este fin”.

De una comparación somera lo primero que puede extraerse de la nueva redacción es la introducción de un segundo párrafo al precepto que añade un mayor contenido acorde con lo que la Ley 8/2021 pretende, *id est*, el seguimiento de la CNUDPD en lo relativo al respeto de la voluntad, deseos y preferencias de la persona como principio

---

<sup>8</sup> Señala LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de Familia*, Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 278, la importancia que albergan las notas de solemnidad e irrevocabilidad del acto jurídico de reconocimiento, ya que “la exigencia de forma especial, pues, no es un requisito que trate de dificultar el acto de reconocimiento, sino que tiene como finalidad evitar cualquier disputa o litigio posterior acerca de si se ha producido (o no) el reconocimiento”. Del mismo modo, esta solemnidad no resta valor a manifestaciones no solemnes que, a juicio del autor, “constituirán prueba valorable conforme a las reglas generales y susceptible de provocar la declaración judicial de filiación”.

rector del nuevo modelo de la discapacidad. El primer párrafo pasa por reproducir en idénticos términos su requisito —aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal—, pero cambia el sujeto al que se refiere el precepto al sustituir la expresión “incapaces o por quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad” por “menores no emancipados”. Debe elogiarse la supresión de la expresión “incapaces”<sup>9</sup> en tanto que la Ley 8/2021 abandona cualquier dualidad entre capacidad e incapacidad. De nuevo, se potencia el ideario fundamentado en la creencia de que todas las personas son titulares de capacidad jurídica y que, asimismo, todas las personas tienen el derecho al ejercicio y goce de esa capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás. Por ende, cualquier mención a la persona como incapaz haría incoherente el artículo con el actual paradigma y, en consonancia, puede admitirse que la modificación, no solo en lo terminológico, es encomiable en este sentido.

Sustituye ahora esa mención por la de “menores emancipados” en este primer párrafo para dedicar el segundo a los mayores de edad. Ahora bien, el reconocimiento cuyo análisis se realiza en el segundo párrafo es únicamente el referido a aquellas personas mayores de edad en situación de discapacidad —pese a que no menciona expresamente la palabra discapacidad este artículo—. Esta última aseveración debe entenderse en tanto que la disposición adicional cuarta del Código civil fue modificada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, indicando cómo deben interpretarse las alusiones a la discapacidad que los preceptos del Código van haciendo<sup>10</sup>. El segundo párrafo de la DA cuarta CC indica que “salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que

---

<sup>9</sup> Vid. BARBER CÁRCAMO, R., «El artículo 121 CC», en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2021, p. 176, que resuelve la cuestión de la siguiente manera: “Planteaba dudas si la aprobación judicial era exigible sólo al reconocimiento otorgado por personas con la capacidad judicialmente modificada, o también al hecho por incapaces naturales no incapacitados, presupuesta eso sí su capacidad para querer y entender. Prácticamente la totalidad de la doctrina se manifestaba en el primer sentido, dada la presunción de capacidad de obrar ligada a la mayoría de edad”.

<sup>10</sup> Vid. GARCÍA RUBIO, M.P., «La reforma de la discapacidad en el Código Civil. Su incidencia en las personas de edad avanzada», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2021, p. 88, que recuerda que la Ley 8/2021 no contiene una definición de discapacidad como tal.

se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica". Pese a que el art. 121 CC no menciona de forma expresa la discapacidad, puede entenderse ínsita, pues es a su tratamiento a lo que hace referencia su segundo párrafo cuando habla de las medidas de apoyo —resulten de una resolución judicial o de una escritura pública; o lo que es lo mismo, sean judiciales o sean de naturaleza voluntaria—. Dado que el art. 121 CC no se encuentra entre los que el primer párrafo de la DA cuarta menta — arts. 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041 CC—, debe entenderse que la situación de discapacidad relevante a este efecto es la que haga necesaria una provisión de medidas de apoyo para complementar el ejercicio de la capacidad jurídica.

El mapa que diseña el art. 121 CC, hecho el repaso sobre su ubicación sistemática, se cimenta en la necesidad de aprobación judicial con audiencia del Ministerio fiscal para el reconocimiento que otorguen los menores no emancipados, en su primer párrafo, por un lado, y el tratamiento del reconocimiento cuando quien lo otorgue sea un mayor de edad que se encuentra en una situación de discapacidad que requiera la provisión de medidas de apoyo —“sobre las que se hayan establecido”, por lo que deberían estar ya prefijadas para entenderse cumplidos los requisitos planteados—, ya sean judiciales (a través de una resolución judicial), ya sean voluntarias (a través de una escritura pública).

Ahonda el segundo párrafo *in fine* sobre la inexistencia de medidas de apoyo voluntarias y, en concomitancia, la ausencia de estipulaciones sobre el reconocimiento en la medida de apoyo judicial solucionándolo mediante una revisión de las medidas judiciales en aras de dotarlas del contenido del que en este punto adolecen. De aquí pueden surgir varias dudas. Es así como, aunque resulte correcto que lo primero es cubrir esta necesidad de instrucciones atendiendo a las medidas voluntarias, caso de haberlas, pues tienen prioridad en su aplicación para con las judiciales, no plantea el artículo el supuesto en el que existiesen medidas de apoyo de naturaleza voluntarias, pero con una redacción deficiente o insuficiente<sup>11</sup>. No obstante, el Código

---

<sup>11</sup> Vid. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «Discapacidad y Derecho de familia. Nuevos principios, nuevas formas», en LLAMAS POMBO, E./ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N./ TORAL LARA, E. (dirs.), *El nuevo derecho de las capacidades*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, p. 358, entendiendo que debe existir la mención en la medida de apoyo sobre



civil aporta una solución para este caso, también fruto de la reforma del año 2021, contenida en el primer párrafo *in fine* del art. 249 (“las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate”) y el quinto párrafo del 255 CC (“solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias”). En relación con los poderes y mandatos preventivos existe una estipulación en este mismo sentido en el art. 259 CC que remite a las reglas de la curatela en todo aquello no previsto en el poder cuando se refiera este a todos los negocios del poderdante, salvo que en la redacción del poder el poderdante diese otra solución a esta cuestión.

Por ello, en caso de que existan medidas de apoyo de naturaleza voluntaria debe, en primer lugar, hacerse valer su contenido sobre cualquier otra apreciación de carácter judicial. Seguidamente, si en la redacción de la escritura pública autorizada por Notario e inscrita en el Registro Civil no se han hecho las estipulaciones pertinentes, fruto del ejercicio de la autonomía de la voluntad, sobre el reconocimiento de la filiación, es decir, si no existe redacción o si existe, pero es insuficiente o deficiente, defectuosa, debe realizarse un distingo según el tipo de medida de apoyo voluntaria ante la que nos encontremos. En lo tocante a los poderes y mandatos preventivos, como medidas de naturaleza voluntaria típicas, regirá el art. 259 CC: aplicación supletoria de las reglas de la curatela, salvo estipulación en contrario del poderdante. Ahora bien, cuando no se dan los requisitos del artículo mencionado —referencia en el poder a todos los negocios del poderdante— cabe preguntarse cuál es la solución. La respuesta en esos casos será la misma que la que se puede dar para el resto de las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria que no sean los poderes y mandatos preventivos, esto es, la aplicación del primer párrafo del art.

---

cómo proceder a este respecto y, si no se encuentra, solo cabe la revisión si esas medidas son de naturaleza judicial, expresándolo en los siguientes términos: “parece interpretarse que sólo será posible el reconocimiento si el acto de reconocer una filiación esté contemplado expresamente en las medidas de apoyo (...) De hecho, si en las medidas no se hubiera dispuesto nada (que será lo más habitual), deben ser revisadas (aunque solo las judiciales) para que incluya alguna previsión al respecto”.

249 y el quinto del art. 255 CC: la adopción de medidas de apoyo supletorias o complementarias por parte de la autoridad judicial.

#### 4. ¿Es la guarda de hecho una medida suficiente?

Ha quedado patente que la modificación de la filiación no matrimonial por la Ley 8/2021 tiene muy presente el nuevo paradigma de la discapacidad y sus posibles connotaciones a efectos de otorgar el reconocimiento como forma de determinar la filiación. Ahora bien, no es menos cierto que la inmensa mayoría de esas menciones pasan por la dicotomía entre resolución judicial y escritura pública; o, en otras palabras, por la utilización de medidas de apoyo judiciales y medidas de apoyo de naturaleza voluntaria. En este punto pasa inadvertido una figura que ha atraído la atención del legislador —pues así lo hizo notar a la hora de regular las medidas de apoyo— y que se escapa de esa clasificación bipartita anotada<sup>12</sup>. Las medidas de apoyo a las que nos referimos son aquellas medidas informales destinadas a las personas con discapacidad para complementar el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones. El art. 250 CC menciona la guarda de hecho como una medida de apoyo informal a la que permite su existencia para el caso en el que no haya medidas de apoyo judiciales ni voluntarias “que se estén aplicando eficazmente”.

Por lo tanto, en un principio, se prefieren las medidas de apoyo voluntarias y judiciales antes que la guarda de hecho, pero siempre supeditadas a su aplicación eficaz. Cabe preguntarse qué ocurre cuando no son medidas eficaces o suficientes. Con un tenor coherente con lo anterior se pronuncia el art. 263 CC al proponer la continuación del ejercicio de la guarda de hecho aun cuando se hayan establecido otras medidas de apoyo, judiciales o voluntarias, siempre que estas últimas no resulten eficaces. Lo realmente importante, y lo que persigue la Ley 8/2021, es lograr que la persona pueda ejercer la

---

<sup>12</sup> Vid. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Parte general y Derecho de la persona*, Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 201, quien resaltaba que, desde antes de la reforma de 2021, dicha figura, “leyes aparte, siempre ha tenido una relativa presencia social la situación de que un menor o incapacitado sea tutelado o protegido de hecho por una persona que, formalmente hablando, no ostenta potestad alguna sobre él”.

capacidad jurídica de la que es titular en igualdad de condiciones. La elección entre los distintos instrumentos utilizados para tal finalidad, en muchos de los casos, no es lo que reviste mayor importancia<sup>13</sup>. En el tercer apartado del Preámbulo de la Ley 8/2021 se dota a la guarda de hecho con un valor reforzado respecto al que tenía previamente, pues “se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad”. Por ende, deja la provisionalidad a un lado para considerarse una institución de apoyo, de carácter informal, cuyo pilar es la salvaguarda eficaz.

Se parte de la presunción de capacidad. O, mejor dicho, de una capacidad suficiente para el reconocimiento. En otros términos, se parte de la presunción de que, si no existen medidas de apoyo judiciales o voluntarias, la capacidad existe y es suficiente para realizar tal reconocimiento sin entrar en mayores consideraciones. Si bien puede parecer meridianamente comprensible, quedan algunas situaciones sujetas a interpretación y que complican su análisis. Así, puede verse el caso en el que una persona se encuentre en una situación de discapacidad, pero no se hayan establecido medidas de apoyo de ningún tipo, judiciales o voluntarias, sobre esta. En ese caso, podría presumirse la capacidad, pues encontrarse en una situación de discapacidad no es sinónimo de no poder ejercitar la capacidad de la que se es titular de forma eficaz para ciertos actos. No es algo que *per se* limite, sino que habrá que analizar para qué actos realmente es limitativa y, en ese caso, si se necesita una provisión de apoyos o, de lo contrario, carece de sentido. El apoyo solo tiene sentido cuando es necesario, cuando se necesita complementar el ejercicio de la capacidad. Si no es así, no solo es superfluo y sobreprotector, sino que su establecimiento es, en cierto modo, en vano. La cuestión se vuelve algo más difusa cuando esa capacidad realmente sí impone limitaciones a ciertos actos como, por ejemplo, para el reconocimiento de la filiación no matrimonial.

---

<sup>13</sup> Vid. GARCÍA RUBIO, M.P./ TORRES COSTAS, M.E., «Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Anuario de Derecho Civil*, 2022, pp. 291-292, poniendo de relieve la importancia del principio de respeto de la voluntad, deseos y preferencias de la persona en situación de discapacidad.

En muchos de estos casos —de personas en situación de discapacidad que no cuentan con medidas de apoyo judiciales o voluntarias y cuya discapacidad sí afecte o limite el reconocimiento— la figura que en ocasiones puede existir y que va a ser la que complemente la capacidad jurídica de esa persona es la guarda de hecho. Si se constata que la persona que debe realizar el reconocimiento presenta una situación de discapacidad y cuenta con un guardador de hecho, aunque no se hayan establecido medidas de apoyo judiciales o voluntarias (poderes y mandatos preventivos, verbigracia), es necesario plantearse si lo que debe hacerse es presumir en todo caso la capacidad suficiente para prestar el reconocimiento o si realmente es una cuestión susceptible de valoración según las circunstancias del caso —opción más acertada si lo que se pretende es obtener un reconocimiento carente de vicios y fidedigno con la voluntad de la persona—.

Si se sigue esa evaluación de las circunstancias y se cree que la persona, sobre la que no hay establecidas medidas de apoyo de las ya mencionadas, necesita el complemento del guardador de hecho, debería entenderse que, para realizar tal complemento, en lo relativo al reconocimiento de la filiación no matrimonial, sería necesaria la autorización judicial. Al menos así lo señala el art. 264 CC<sup>14</sup> tanto para el caso de actuaciones representativas del guardador de hecho como para aquellos casos en los que se necesite consentimiento para los actos que menciona el art. 287 CC<sup>15</sup>. El art. 23.4 LJV concibe esta cuestión

---

<sup>14</sup> La autorización judicial para este cometido se ventila mediante un expediente de jurisdicción voluntaria. En su desarrollo se escucha a la persona en situación de discapacidad y, en el caso en el que se aprecie la necesidad de la autorización, se otorga para uno o varios actos, debiendo ejercitarse con pleno seguimiento de la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

<sup>15</sup> Entre los nueve apartados del precepto el que mayor relevancia tiene a los efectos del reconocimiento de filiación no matrimonial es el número 1 (“Realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales”). Cabe mencionar que el art. 287 CC se encuentra sito en la Sección destinada a regular el ejercicio de la curatela, por lo que se sobreentiende que el legislador, para los actos mencionados, desea la aplicación del mismo régimen al guardador de hecho cuando los actos en los que interviene, por su especial importancia, requieren este tratamiento.

afirmando que “también se instará la aprobación judicial para la validez del reconocimiento no matrimonial por una persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica”, lo que nos lleva a pensar si hablar de medidas de apoyo es hablar de todas las que contiene la Ley 8/2021 y que, directa o tangencialmente, considera como medidas encuadrables en el sistema de provisión de apoyos, o si única y exclusivamente el precepto hace referencia a medidas formales, dejando fuera la guarda de hecho.

## 5. Conclusiones

Desde el inicio abordamos el reconocimiento de la filiación no matrimonial con la percepción de que no es una cuestión monolítica ni que pueda reducirse fácilmente a unas pocas y simples categorías. Uno de los escollos que indisociablemente ha condicionado este reconocimiento ha sido la capacidad jurídica; más concretamente, el entendimiento de qué es la capacidad y cómo supedita, pues la emanación de la voluntad de la persona es la que arroja sentido a muchos de los actos en el tráfico jurídico. Recientemente, el legislador ha realizado un esfuerzo mayúsculo tratando de darle comprensión en el ordenamiento a la Convención de Nueva York y, mayoritariamente, a su art. 12. Ya no existe el debate entre capacidad jurídica y capacidad natural. O, al menos, no existe en los términos en los que antaño se reproducía. En la actualidad, se afirma que todas las personas son titulares de capacidad jurídica y que tienen el derecho a poder ejercerla en igualdad de condiciones respecto a los demás. Y en los casos en que no pueda darse ese ejercicio pleno e igualitario es cuando entra en juego el sistema de provisión de apoyos. A lo largo de la Ley 8/2021 se van mencionando un conjunto de medidas de apoyo que se intentan caracterizar entre formales e informales y, asimismo, proponer algunos de los requisitos que deben darse para que gocen de aplicabilidad.

De pasada hemos mencionado la posibilidad de usar, en lo relativo al reconocimiento, medidas judiciales y medidas de naturaleza voluntaria —afirmando que estas últimas no se agotan en los poderes y mandatos preventivos, sino que la libertad con la que el legislador ha caracterizado el nuevo modelo proporciona una configuración de

la voluntad que permite la creación de medidas voluntarias *ad hoc*, sin etiquetar—. De hecho, ambas medidas no son excluyentes, sino que pueden coexistir, cohabitar, porque lo relevante en el nuevo paradigma de la capacidad no es qué se utiliza, sino para qué. Y ese objetivo que se persigue es reproducir de forma fidedigna la voluntad, deseos y preferencias de la persona, sin aditamentos, ni significaciones espurias. Si se utiliza una medida voluntaria o judicial no es lo determinante. Como se ha dicho, pueden darse ambas al mismo tiempo y ello con la finalidad de servir de instrumento de la voluntad de la persona. El sistema está basado en el principio de eficacia. Es así como en varios preceptos se señala que cuando esas medidas judiciales o voluntarias fallen, si existe una guarda de hecho se podrá aplicar también, pues se persigue que la medida sea eficaz, el *nomen* de la medida de apoyo es lo de menos. Por lo tanto, el sistema de provisión de apoyos es, ante todo, un sistema de medidas eficaces o que, al menos como punto de partida, persigue el principio de eficacia en su implementación. Esas líneas maestras del sistema de provisión de apoyos se dan independientemente de la materia con la que case la capacidad. También, en relación con el reconocimiento de la filiación no matrimonial, están presentes.

Es por ello por lo que la capacidad de la persona que otorga ese reconocimiento debe ser tenida en cuenta y así lo manifiesta el legislador en la reforma de 2021. Abandona hablar de incapaces y de capacidad modificada judicialmente y, más aún, abandona el anterior sistema y algunos de los matices con los que se atajaba la materia. Se ha puesto de relieve como en la actualidad no se remite al Código civil, sino que prefiere la fórmula dedicada a la legislación civil, lo que engloba no solamente el Código civil, sino el resto de las normas contenidas en los Derechos civiles especiales o forales y, al mismo tiempo, todos aquellos textos legales dedicados a regular la filiación no matrimonial que exceden del ámbito del Código civil como, *verbi gratia*, la LRC o la LJV al manejar aspectos registrales o procesales, respectivamente. Y, del mismo modo, aparecen las *nuevas* formas de entender la capacidad con sus principios rectores como, a modo de ejemplo, se ve en la preferencia por las medidas de apoyo voluntarias sobre las judiciales. Por otro lado, se ha hecho patente el debate que puede surgir cuando, al darse una situación de discapacidad, las medidas —sean judiciales o voluntarias— no funcionan, bien por inexistencia, insuficiencia o deficiencia en su redacción. Según sea su

naturaleza, si lo que se da es una medida judicial, con su posibilidad de revisión, o una medida voluntaria, con un distinto tratamiento si es un poder preventivo o una medida voluntaria de otra tipología, aporta el ordenamiento soluciones para, de nuevo, perseguir el dictado de la voluntad de la persona.

## Bibliografía

GARCÍA RUBIO, M.P. (dir.)/ MORO ALMARAZ, M.J. (dir.)/ VARELA CASTRO, I. (coord.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Civitas, Navarra, 2022.

GARCÍA RUBIO, M.P., «La reforma de la discapacidad en el Código Civil. Su incidencia en las personas de edad avanzada», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2021, pp. 81-109.

GARCÍA RUBIO, M.P., «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio», *Revista de Derecho Civil*, 2018, pp. 29-60.

GARCÍA RUBIO, M.P., «Reivindicando el valor del Derecho civil. El tratamiento del Derecho civil por los poderes normativos», *Revista de Derecho Civil*, 2022, pp. 233-245.

GARCÍA RUBIO, M.P./ TORRES COSTAS, M.E., «Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Anuario de Derecho Civil*, 2022, pp. 279-334.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2021.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de Familia*, Marcial Pons, Madrid, 2014.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Parte general y Derecho de la persona*, Marcial Pons, Madrid, 2014.

LLAMAS POMBO, E./ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N./ TORAL LARA, E. (dirs.), *El nuevo derecho de las capacidades*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021.





# Prima lettura sistematica della disciplina del curatore speciale del minore

*Roberto Senigaglia*

**ABSTRACT:** Il contributo analizza l'impatto della nuova disciplina del curatore speciale del minore sul sistema del diritto della filiazione. La trattazione giunge a fare chiarezza sul concetto di inadeguatezza genitoriale, individuando nella capacità di discernimento il criterio di accesso alla valutazione del migliore interesse del minore.

**ABSTRACT:** The essay focuses on the impact of the child's special curator's new regulation within the system of juvenile law. The analysis intends to clarify the concept of parental unsuitability, by identifying the capacity for discernment as the criterion for access to the best interests of the child assessment.

**SOMMARIO:** —1. Una premessa. — 2. La tutela del migliore interesse del minore nel processo. — 3. Gli approdi giurisprudenziali sul curatore speciale del minore. — 4. *Segue.* Dalla tipicità all'atipicità. Gli approdi normativi. — 5. Le fattispecie tipiche. — 6. Il ruolo del curatore speciale del minore. — 7. Gli ambiti di atipicità. Conflitto di interessi e inadeguatezza genitoriale. — 8. L'emersione di un principio.

## 1. Una premessa

«Ciò che è stato sarà e ciò che si è fatto si rifarà: non c'è niente di nuovo sotto il sole», insegna il libro sapienziale della Bibbia veterotestamentaria, ovvero il libro del Qoèlet o dell'Ecclesiaste<sup>1</sup>.

È la constatazione a cui si è soliti giungere, anche se spesso troppo frettolosamente, dinanzi agli interventi legislativi, specie di ultima generazione, con particolare evidenza nella materia delle persone e della famiglia. Interventi che sovente sono preceduti, appunto, da regole già fissate e ripetutamente seguite dall'interprete istituzionale, le quali, a loro volta normativizzano, per il tramite dell'attivazione degli strumenti dell'ermeneutica giuridica, fattori di giuridicità espressi dall'ambiente sociale<sup>2</sup>.

D'altronde, appartiene alla dinamica di ogni fenomeno di regolazione giuridica il fatto che l'intervento del legislatore non si presenti allo scenario giuridico come una novità assoluta, bensì come la sistemazione e la sistematizzazione di una normatività già acquisita, in cui l'essere esprime il dover essere<sup>3</sup>.

Questo è quanto pare possibile affermare con riguardo alla disciplina del curatore speciale del minore introdotta dalla l. 26 novembre 2021, n. 206 (delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata) e dal d.lg. 10 ottobre 2022, n. 149 di attuazione della stessa<sup>4</sup>.

---

<sup>1\*</sup> Contributo pubblicato anche nella rivista *Diritto delle Successioni e della Famiglia*, 1/2023.

Qo, 1,9.

<sup>2</sup> Sul punto si rinvia a FEMIA, P., «Segni di valore», in L. RUGGERI (a cura di), *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, Atti del Convegno tenutosi a Camerino nel settembre 2009, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, pp. 83 ss.

<sup>3</sup> Si veda, da ultimo, ZACCARIA, G., *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Il Mulino, Bologna, 2022, in particolare pp. 253 ss.

<sup>4</sup> Come sancisce l'art. 35, comma 1, d.lg. 10 ottobre 2022, n. 149, «le disposizioni del presente decreto, salvo che non sia diversamente disposto, hanno effetto a decorrere dal 30 giugno 2023 e si applicano ai procedimenti instaurati successivamente a tale data. Ai procedimenti pendenti alla data del 30 giugno 2023 si applicano le disposizioni anteriormente vigenti».

Ma se è vero che la regola giurisprudenziale sovente precede quella legislativa, nel momento in cui interviene quest'ultima, sia pure rispecchiando il contenuto della prima, l'impatto eccede l'approccio e l'effetto casistico della funzione giurisdizionale per assumere — ed è qui il *novum* che sta «sotto il sole» — carattere sistematico, interpellando, di conseguenza, l'interprete per operare la valutazione dell'incidenza di quel *novum* sugli assetti di senso e di significato dell'ordinamento.

## 2. La tutela del migliore interesse del minore nel processo

Relativamente alla disciplina del curatore speciale di recente introduzione<sup>5</sup>, il suo impatto ordinamentale produce senz'altro un ulteriore allineamento delle regole ai principi del diritto minorile, risultando ancor più rafforzata la condizione giuridica del minore come *persona* titolare di diritti da proteggere piuttosto che come *soggetto* sottoposto alla (oggetto della) protezione dell'adulto<sup>6</sup>. Una visione, questa, già da tempo affermata, ma ancora da implementare nella sua compiutezza effettiva; e, in questi termini, la disciplina qui considerata costituisce di certo un ulteriore passo in avanti.

---

<sup>5</sup> Sul concetto e sulla figura del curatore speciale, si rinvia a DELLA FONTANA, G., voce «Curatore speciale», in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1957, pp. 51 ss. L'a., pur segnalando l'irriducibilità a istituto unitario della categoria del curatore speciale, definisce quest'ultimo come «la persona preposta ad altra persona o ad un patrimonio, per provvedere ad esigenze particolari in una serie svariata di casi, con funzioni molto spesso limitate ad uno o più atti singoli (talora espressamente determinati, tal'altra facilmente desumibili dalla finalità dell'atto e dalla natura del rapporto), e quindi quasi sempre con uno spiccato carattere di temporaneità della funzione; e comprendendosi nella categoria «curatore speciale» le diverse figure previste dalla legge sotto il nome di curatore, che non siano quelle del curatore da nominarsi, con poteri permanenti, al minore emancipato e all'inabilitato».

<sup>6</sup> Si veda GIARDINA, F., *La condizione giuridica del minore*, Jovene, Napoli, 1984, pp. 6 ss., la quale ben chiarisce la concezione «liberale» del minore inteso «come incapace da proteggere (non tanto come persona quanto negli interessi patrimoniali) e del padre come esercente una funzione dotata di potere e di autorità ma soprattutto legata alla protezione degli interessi patrimoniali dell'incapace». V. anche BELVEDERE, A. (a cura di), *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Giuffrè, Milano, 1980, *passim*; LENTI, L., «Note critiche in tema di interesse del minore», *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 111 ss.; SENIGAGLIA, R., «Cristianesimo, diritto civile, "famiglie": evoluzione di un radicamento culturale», *Rass. dir. civ.*, 2021, pp. 1518 ss.

La necessaria realizzazione del migliore interesse della persona minore di età esige di essere affermata specialmente nel processo in cui sono implicati i suoi diritti fondamentali<sup>7</sup> e, quindi, l'attuazione dello *status personae*<sup>8</sup>. Tanto che, a livello di fonti internazionali, alla Convenzioni di New York sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989, che definisce una sorta di statuto internazionale dei diritti del minore<sup>9</sup>, si è avvertita l'esigenza di affiancare la Convenzione di Strasburgo del 1996 sull'esercizio dei diritti del minore, la quale tende a garantire l'accesso del minore al processo<sup>10</sup>, da intendersi non tanto (o meglio, non sempre) in termini materiali (l'essere parte in senso formale<sup>11</sup>), ma anzitutto in termini sostanziali (l'essere parte in senso sostanziale) vale a dire in termini di *accesso dei suoi diritti* al processo per la realizzazione del suo migliore interesse<sup>12</sup>. È proprio all'insegna dell'interdipendenza ontologica tra momento statico e momento dinamico del diritto, ben espressa dall'art. 24 Cost., che nel Preambolo della Convenzione di Strasburgo è sancita la convinzione che «i diritti e gli interessi superiori dei minori debbano essere promossi e che a tal fine i minori dovrebbero avere la possibilità di esercitare i propri diritti, in particolare nelle procedure in materia di famiglia che li riguardano»<sup>13</sup>.

<sup>7</sup> Cfr. BALLARANI, G., «Le istituzioni a tutela dei minori», in CORDIANO A., SENIGAGLIA R. (a cura di), *Diritto civile minorile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022, p. 64.

<sup>8</sup> PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 347.

<sup>9</sup> BIANCA, M., «Le fonti del diritto civile minorile», in A. CORDIANO e R. SENIGAGLIA (a cura di), *op. cit.*, pp. 8 ss.

<sup>10</sup> Si veda MATTEINI CHIARI, S., *Il minore nel processo*, Giuffrè, Milano, 2014; POLISENO, B., *Profili di tutela del minore nel processo civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017.

<sup>11</sup> CECHELLA, C., «I diritti del minore nel processo italiano, tra difesa tecnica e ascolto», *Famiglia*, 2022, p. 171, segnala che per parte in senso formale si deve intendere «la qualità del soggetto che può beneficiare di tutte le prerogative e garanzie del giusto processo, come la difesa e la facoltà, mediante rappresentante tecnico di contraddire alle iniziative delle altre parti e del giudice, al fine di giungere a un giudizio più favorevole sui propri interessi protetti». Sulla difesa tecnica del minore si rinvia a CECHELLA, C., *Diritto e processo nelle controversie familiari e minorili*, Zanichelli, Bologna, 2018, pp. 36 ss.

<sup>12</sup> Cfr. BIANCA, M., *op. cit.*, pp. 7 ss.; LONG, J., «Uno sguardo problematico sulle novità della riforma del processo civile d'interesse per il diritto familiare e minorile sostanziale», *Famiglia*, 2022, p. 150.

<sup>13</sup> Sul punto si rinvia a LONG, J., *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Giuffrè, Milano, 2006; CECHELLA, C., *op. cit.*, p. 38; ARCERI, A., «Il minore nel nuovo processo familiare: le regole sull'ascolto e la rappresentanza»,

Garanzia questa consistente nella tutela *effettiva* dell'interesse protetto, non del tutto assolta dalla previsione dell'intervento obbligatorio del pubblico ministero nei procedimenti in cui sono coinvolti gli interessi del minore, la cui funzione non è la tutela dell'interesse singolare, ma piuttosto di quello generale all'attuazione di quanto garantito dalla legge<sup>14</sup>; lo stesso può dirsi con riguardo al giudice, il quale, pur avendo nel processo che vede coinvolto un minore di età un ampio potere di adottare d'ufficio i provvedimenti per la migliore protezione del minore e i più idonei mezzi istruttori<sup>15</sup>, non dispone dei tempi e delle competenze per condurre una rigorosa (e singolare) lettura del *best interest*<sup>16</sup>.

---

*Fam. dir.*, 2022, pp. 380 ss.; RUSSO, R., «La partecipazione del minore al processo nella riforma del rito civile», *Fam. dir.*, 2022, p. 645, la quale sottolinea l'importanza vieppiù assunta dalle fonti internazionali «che hanno messo in rilievo come il minore è un titolare di diritti suoi propri, distinti da quelli del nucleo familiare cui appartiene, e che deve essere ammesso ad esercitare personalmente, nella misura in cui lo consente la sua capacità di discernimento, anche per mezzo dell'ascolto, che costituisce un diritto del fanciullo; per la stessa ragione deve essere ammesso a partecipare anche al processo, seppure con le cautele rese necessarie dalla sua minore età».

- <sup>14</sup> La Corte costituzionale ha avuto modo di indicare le misure poste a garanzia degli interessi del figlio minore nei processi in cui il minore non è parte in senso formale; segnatamente, il Giudice delle leggi annovera «l'intervento obbligatorio in giudizio del pubblico ministero che, se certamente non agisce in veste di sostituto processuale dei minori, deve, nell'assicurare la legalità della decisione della controversia, preoccuparsi della tutela degli interessi dei predetti, nell'esercizio di tutte le attività processuali a lui consentite (ad esempio: deduzione di prove, conclusioni ed impugnazioni della sentenza, ai sensi del terzo comma dell'art. 5 della l. 1 dicembre 1970, n. 898); le amplissime facoltà istruttorie del giudice; il potere del collegio di decidere, in ordine ai provvedimenti relativi alla prole, *ultra petitum*», così Corte cost., 14 luglio 1986, n. 185, in *Giur. it.*, 1988, p. 1112. Si veda anche App. Genova, 11 febbraio 2000, in *Fam. dir.*, 2000, pp. 479 ss., con il commento di BET, E. in cui si precisa che i poteri del pubblico ministero non si ricollegano «a un interesse specifico e particolare, egli opera nel processo per l'attuazione della legge, per assicurare la legalità nella risoluzione della controversia».
- <sup>15</sup> Si veda Cass., 9 marzo 2022, n. 7734, in banca dati *De jure*. V. anche Cass., 24 agosto 2018, n. 2117, in banca dati *De jure*; Cass., 5 maggio 2021, n. 11786, in banca dati *De jure*. Questo ampio potere officioso è riconosciuto dalla riforma Cartabia nell'art. 473-bis.2 c.p.c., ma trovava già la sua espressione normativa nell'art. 8 della Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del fanciullo.
- <sup>16</sup> Cfr. Corte cost., 22 novembre 2000, n. 528, in *Dir. fam.*, 2001, pp. 917 ss. con nota di PICCALUGA, F., «La rappresentanza del minore e la nomina di un curatore speciale: una sorprendente decisione della consulta» e in *Fam. dir. pers.*, 2001, p. 121, con nota di GIANGASPERO, P., «Procedimenti di volontaria giurisdizione e tutela degli interessi del minore: una decisione interlocutoria della Corte costituzionale».

Ora, la prospettiva paidocentrica<sup>17</sup>, ormai affermatasi nella teoria e nella pratica del diritto di famiglia<sup>18</sup>, esige che i diritti del minore vengano tutelati nel processo che lo vede coinvolto dal soggetto istituzionalmente preposto alla cura del suo interesse vale a dire dal suo rappresentante legale o, in caso di inidoneità, da un altro rappresentante. Nella prima ipotesi, fatti salvi i procedimenti in cui è prevista la partecipazione del minore, quest'ultimo figurerà comunque come parte sostanziale del processo, portatrice di specifici interessi (*recte* di diritti fondamentali), alla cui realizzazione, appunto, devono orientarsi le scelte dei genitori, attuando la «compenetrazione tra diritto e processo»<sup>19</sup>; nel secondo caso, invece, rendendosi necessaria la nomina di un curatore speciale, è a quest'ultimo che compete attuare quella compenetrazione, facendo entrare la tutela del diritto del minore nel processo così da renderlo partecipe allo stesso<sup>20</sup>. Tant'è che, come ha avuto modo di segnalare il Giudice di legittimità, «nell'ambito della rappresentanza del minore nel processo civile, il denominatore comune di tutte le situazioni in cui si pone il problema della nomina di un curatore speciale (in funzione sostitutiva dei genitori) è costituito dal presupposto che il minore sia "parte" del processo»<sup>21</sup>. E in proposito si impone il monito della dottrina processualistica circa la necessità «di muovere da un'interpretazione sistematica sui principi generali, nascenti soprattutto da norme di

---

<sup>17</sup> SESTA, M., «La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell'attuale disciplina giuridica della famiglia», *Fam. dir.*, 2021, pp. 764 ss.

<sup>18</sup> Si veda, in proposito Corte cost., 30 gennaio 2002, n. 1, in *Fam. dir.*, 2002, pp. 229 ss., con nota di TOMMASEO, F., «Giudizi camerali *de potestate* e giusto processo» e di ODINO, A. e PASCHETTI, N., «La Corte Costituzionale non risponde: un'occasione perduta, sarà Strasburgo a dire l'ultima parola?», *Foro it.*, 2002, pp. 3302 ss., con nota di PROTO PIASANI, A., «Battute d'arresto nel dibattito sulla riforma del processo minorile»; Corte cost. 12 giugno 2009, n. 179, in *Fam. dir.*, 2009, pp. 869 ss., con nota di ARCERI, A., «Il minore ed i processi che lo riguardano: una normativa ancora disapplicata». Si veda, inoltre, PARADISO, M., «I rapporti personali nelle relazioni di coppia dopo la stagione delle riforme», *Familia*, 2018, pp. 613 ss.; SESTA, M., «Famiglia e figli in Europa: i nuovi paradigmi», *Fam. dir.*, 2019, pp. 1049 ss.

<sup>19</sup> Cass., 9 marzo 2022, n. 7734, cit. V. anche GRAZIOSO, G., «Il curatore speciale del minore nella separazione e nel divorzio. Orientamenti giurisprudenziali e dottrinali. Prospettive di riforma», *Dir. fam.*, 1996, pp. 1242 ss.; CECHELLA, C., *op. cit.*, p. 170.

<sup>20</sup> Cfr. CECHELLA, C., *op. cit.*, pp. 178 s.

<sup>21</sup> Cass., 16 dicembre 2021, n. 40490, in banca dati *De jure*, la quale aggiunge che «In effetti, l'art. 78 c.p.c., prevede, in generale, la nomina del curatore speciale alla parte "se manca la persona a cui spetta la rappresentanza" o "quando vi è conflitto di interessi con il rappresentante"».

rango internazionale ratificate dal diritto interno, che impongono di pensare il minore anche come parte formale del processo, munito di un difensore tecnico, se necessario anche in contrasto con le norme di diritto positivo italiano che disciplinano il fenomeno»<sup>22</sup>.

Ebbene, le nuove regole sul curatore speciale del minore se, da un lato, costituiscono un'importante evoluzione del sistema ordinamentale minorile che rafforza la condizione giuridica del minore come persona alla quale è riconosciuta non soltanto la titolarità ma pure l'esercizio, anche in via autonoma, dei propri diritti, allineando le regole ai principi, specialmente a quelli espressi dagli artt. 4 e 9 della Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori; dall'altro, mettono ancor più allo scoperto l'assurda distanza che si registra tra un sistema che progressivamente sta promuovendo l'autonomia e l'autodeterminazione del minore in ragione della capacità di discernimento e una disciplina codicistica della capacità di agire che trova la sua ragione di essere nel tempo in cui, stando all'iniziale citazione del Qoèlet, "il sole" dei diritti fondamentali era offuscato dalla logica liberale<sup>23</sup>.

### 3. Gli approdi giurisprudenziali sul curatore speciale del minore

Passando a conoscere la portata dell'impatto sistematico della disciplina del curatore speciale del minore, occorre senz'altro prendere atto che le sue previsioni si inseriscono nel solco di importanti arresti giurisprudenziali, i quali hanno dato seguito ad altrettanti approdi interpretativi della scienza giuridica<sup>24</sup>.

Il meta-principio all'insegna del quale si è svolto questo percorso evolutivo è la tutela del migliore interesse del minore in tutte le decisioni che lo riguardano, che abbiano cioè delle ricadute nella sua sfera giuridica, segnatamente nel pieno e libero sviluppo della sua

---

<sup>22</sup> CECHELLA, C., *op. cit.*, p. 37.

<sup>23</sup> Cfr. DANOVI, F., «Il curatore speciale del minore quale (ulteriore) raccordo tra giudice minorile e giudice ordinario», *Fam. dir.*, 2019, p. 696.

<sup>24</sup> Si veda CESARO, G. O., «L'estensione e valorizzazione della figura del curatore speciale del minore: la riforma degli articoli 78 e 80 c.p.c.», *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, p. 50.

personalità<sup>25</sup>. Un interesse, questo, che, come ha ben chiarito la riforma del diritto della filiazione del 2012/2013, in presenza di un minore sprovvisto della capacità di discernimento deve essere affermato e tutelato anzitutto dai genitori; mentre nel caso di un minore con capacità di discernimento può essere direttamente affermato dallo stesso per il tramite dell'ascolto<sup>26</sup>.

Questa cifra assiologica, la quale eleva la tutela dei diritti del minore a requisito di legittimità dei relativi processi decisionali, esige di essere rigorosamente affermata nel momento del processo che implichi la persona del minore; nel momento, cioè, in cui si è consumata la deriva patologica delle relazioni familiari<sup>27</sup>.

In questi procedimenti giudiziari, dunque, il minore, in quanto implicato nel suo interesse, è sempre parte in senso sostanziale e sono prima di tutto i genitori ad essere istituzionalmente preposti a tutelare il suo migliore interesse. Una funzione, questa, che va costantemente monitorata per accertare che essi versino nelle condizioni di contesto, psicologico e ambientale, tali da poter effettivamente perseguire il *best interest of the child* eleggendolo a criterio di composizione

---

<sup>25</sup> Sull'interesse del minore si rinvia a FERRANDO, G., «Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali», *Pol. dir.*, 1998, pp. 167 ss.; QUADRI, E., «L'interesse del minore nel sistema della legge civile», *Fam. dir.*, 1999, pp. 80 ss.; MOSCATI, E., «Il minore nel diritto privato, da soggetto da proteggere a persona da valorizzare (contributo allo studio dell'interesse del minore)», *Dir. fam. pers.*, 2014, pp. 1141 ss.; LENTI, L., *op. ult. cit.*, pp. 86 ss.; GIARDINA, F., «L'interesse del minore: gli aspetti identitari», *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, pp. 159 ss.; SCALISI, V., «Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto», *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 405 ss.; DI LANDRO, A. C., «Best interest of the child e tutela dei minori nel dialogo tra legislazione e giurisprudenza», *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, pp. 451 ss.; DI MASI, M., *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Jovene, Napoli, 2020, *passim*; BIANCA M. (a cura di), *The best interest of the child*, Sapienza Università Editrice, Roma, 2021, *passim*.

<sup>26</sup> Sul tema si rinvia a SENIGAGLIA, R., *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Giappichelli, Torino, 2020, *passim*.

<sup>27</sup> Difatti, come ha acutamente puntualizzato la Corte di cassazione «il contesto processuale esprime una declinazione delle relazioni umane di particolare delicatezza e complessità, poiché ne rappresenta una deriva patologica (il processo nasce dalla controversia, ovvero da una situazione di conflitto, contrapposizione ed assenza di collaborazione). L'esigenza di tutela del minore, quindi, può porsi nel suo alveo con un'intensità ancora superiore, poiché il giudizio, che ha la finalità di riconoscere o negare diritti, attribuire ragioni e torti, tutelare o condannare, rappresenta di per sé un ambito di potenziale ulteriore pregiudizio»; così Cass., 6 dicembre 2021, n. 38719, in banca dati *De jure*. Si veda inoltre TOMMASEO, F., «Rappresentanza e difesa del minore nel processo civile», *Fam. dir.*, 2007, spec. pp. 413 ss.; POLISENO, B., *op. cit.*, pp. 287 ss.; CECHELLA, C., *op. cit.*, p. 34.



dell'antagonismo dei loro interessi individuali<sup>28</sup>. È così che avviene la compenetrazione tra i diritti fondamentali del figlio e il processo poc' anzi segnalata.

Ebbene, guardando al livello di antagonismo nel processo, la giurisprudenza è giunta a individuare casi in cui il conflitto di interessi o l'inadeguatezza dei genitori a realizzare i diritti fondamentali del figlio deve ritenersi *in re ipsa*, come in tutti i procedimenti *de potestate*, avviati anche nei confronti di un solo genitore<sup>29</sup>. In essi il figlio minore è parte in senso formale oltre che sostanziale (art. 336, comma 4, c.c.), e quindi litisconsorte necessario, e, proprio in ragione dell'oggettiva (contestuale) inadeguatezza del genitore, anche solo potenziale, si rende necessaria la nomina di un curatore speciale, la cui funzione è cogliere, affermare e tutelare il migliore interesse del minore, anche procurandogli un difensore tecnico nel caso in cui non possa egli stesso assumere il ruolo<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Un profilo, questo, particolarmente evidente nei procedimenti riguardanti l'affidamento dei figli e l'assegnazione della casa familiare. Ci si limita a rinviare a BALLARANI, G., *sub* «art. 337 ter», in PATTI, S., ROSSI CARLEO, L., «Esercizio della responsabilità genitoriale», in *Comm. c.c. Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di DE NOVA, G., Zanichelli, Bologna, 2021, pp. 14 ss. spec. 94 ss.; IRTI, C., *Affidamento condiviso e casa familiare*, Jovene, Napoli, 2010, *passim*.

<sup>29</sup> Si veda Cass., 6 dicembre 2021, n. 38720, in banca dati *De jure*; Cass., 16 dicembre 2021, n. 40490, *cit.*; Cass., 20 aprile 2023, n. 10666, in banca dati *De jure*.

<sup>30</sup> Cfr. CECHELLA, C., *op. cit.*, p. 39, il quale chiarisce che «il rappresentante legale esiste certamente nel processo dell'incapace, ma è necessario anche che un rappresentante tecnico sia presente: i profili relativi alla rappresentanza degli artt. 182 o 78 c.p.c. sono del tutto differenti e da non confondersi con la rappresentanza tecnica dell'art. 82 c.p.c.». V. anche PAZÉ, P., «La tutela e la curatela dei minori», in *Tratt. dir. fam.*, diretto da Zatti, P., VI, L. LENTI (a cura di), *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 367; CESARO, G. O., *op. cit.*, p. 55. In proposito, l'orientamento giurisprudenziale è nel senso che «nei cosiddetti giudizi *de potestate* la posizione del figlio risulta sempre contrapposta a quella di entrambi i genitori, anche quando il provvedimento venga richiesto nei confronti di uno solo di essi, non potendo in questo caso stabilirsi *ex ante* la coincidenza e l'omogeneità dell'interesse del minore con quello dell'altro genitore (che potrebbe presentare il ricorso, o aderire a quello presentato da uno degli altri soggetti legittimati, per scopi meramente personali, o, per contro, in questa seconda ipotesi, chiederne la reiezione) e dovendo pertanto trovare applicazione il principio più volte enunciato in materia, secondo cui è ravvisabile il conflitto di interessi tra chi è incapace di stare in giudizio personalmente e il suo rappresentante legale con conseguente necessità della nomina d'ufficio di un curatore speciale che rappresenti ed assista l'incapace, ogni volta che l'incompatibilità delle loro rispettive posizioni sia anche solo potenziale, a prescindere dalla sua effettività»; così Cass., 6 marzo 2018, n. 5256, in *Fam. dir.*, 2018, p. 323. Si veda inoltre Cass., 2 febbraio 2016, n. 1957,

Ne discende che nel caso in cui non si sia provveduto a tale nomina, il procedimento deve ritenersi nullo, con rimessione della causa al primo giudice affinché provveda all'integrazione del contraddittorio<sup>31</sup>.

La stessa soluzione si impone anche nell'ipotesi in cui il provvedimento *de potestate* non venga in considerazione all'inizio del processo, ma sopravvenga all'esito dell'accertamento di una situazione pregiudizievole per il minore; in questo momento il figlio diviene parte necessaria del processo, occorrendo quindi integrare il contraddittorio nei suoi confronti nominandogli un tutore provvisorio o un curatore speciale, «in ragione del concreto conflitto di interessi evidenziatosi tra la posizione del figlio e quella dei genitori, in quanto, per l'appunto, inadempienti dei doveri genitoriali in pregiudizio per il bambino e, perciò stesso, non più idonei a rappresentarlo»<sup>32</sup>.

Per quanto concerne, invece, i procedimenti in cui il figlio minore è parte in senso sostanziale — in quanto portatore di interessi implicati dalla relativa decisione, normalmente tutelati dai genitori nell'esercizio della responsabilità genitoriale (procedimenti in materia di separazione, di affidamento dei figli, ecc.) — la Corte di legittimità ha chiarito che è compito del giudice di merito verificare, caso per caso, anche per il tramite dell'ascolto del minore con discernimento — che funge, per il giudice, da vero e proprio strumento di cognizione<sup>33</sup> — se, in concreto, sussista l'idoneità dei genitori a realizzare il migliore interesse del figlio. In caso di accertamento negativo, il giudice deve nominare un curatore speciale del minore. In sostanza, nei procedimenti che coinvolgono la persona del figlio minore, la cui disciplina non gli attribuisce legittimazione processuale (l'essere parte in senso formale), «il figlio è parte sostanziale, in quanto portatore di interessi comunque diversi, quando non contrapposti, rispetto ai propri genitori. La tutela del minore, in questi giudizi, si realizza, pertanto, mediante la previsione che il

---

in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1032 ss., con nota di NASCOSI, A., «La nomina del curatore speciale nel giudizio di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità»; Cass., 19 maggio 2010, n. 12290, in banca dati *De jure*; Cass., 21 aprile 2022, n. 12802, in *Fam. dir.*, 2022, p. 870 ss.

<sup>31</sup> Cfr. Cass., 16 dicembre 2021, n. 40490, cit; Cass., 25 gennaio 2021, n. 1471, in banca dati *De jure*.

<sup>32</sup> Cass., 9 marzo 2022, n. 7734, cit.

<sup>33</sup> Cfr. D'ALESSIO, A., «Sulla necessità della nomina del curatore speciale al minore infrasedicenne nel procedimento ex art. 250 c.c.», *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 809.

medesimo debba essere ascoltato»<sup>34</sup> e, se sprovvisto di discernimento, mediante l'“ascolto” (e l'affermazione) del suo interesse operato dai genitori. Tuttavia, ogni volta «in cui si profili un conflitto di interessi tra il minore e i suoi rappresentanti legali, genitori o tutore» allo stesso deve essere garantito «il contraddittorio, attraverso la nomina di un tutore provvisorio o di un curatore speciale, ex art. 78 c.p.c.»<sup>35</sup>.

#### 4. *Segue*. Dalla tipicità all'atipicità. Gli approdi normativi

Dinanzi alla *tipicità* delle fattispecie normative di nomina del curatore speciale del minore<sup>36</sup> la giurisprudenza, nei suoi approdi ante-riforma, non ha condotto una lettura in termini di *tassatività*, ma le ha ritenute specifiche espressioni di un principio generale, ovvero *esemplificative* di situazioni di inadeguatezza del rappresentante legale di tutelare l'interesse del figlio. Sì che, da un lato ha nutrito l'elenco annoverando pure i procedimenti *de potestate*, ritenendo sempre

---

<sup>34</sup> Cass., 16 dicembre 2021, n. 40490, cit. Esclude che, in questi procedimenti, il minore sia litisconsorte necessario Cass. 30 luglio 2020, n. 16410, in *Fam. dir.*, 2021, pp. 175 ss., con nota di DANOVI, F., «Il mancato ascolto del minore inficia nel merito la decisione»; Trib. Torino, 21 dicembre 2018, in *Fam. dir.*, 2019, p. 695 ss., con nota di DANOVI, F., *Il curatore speciale*, cit.

<sup>35</sup> Cass., 21 aprile 2022, n. 12802, cit. V. pure Cass., 24 maggio 2018, n. 12957, in *Foro it.*, 2018, I, c. 2364, con nota di CASABURI, G., in cui è precisato che «il giudizio di separazione, nel quale vengono adottati provvedimenti che concernono il minore, non determina automaticamente, nel caso di rilevante conflittualità fra le parti in causa, una situazione di conflitto d'interesse fra genitori e figli. Deve piuttosto ritenersi che essa può determinarsi in concreto in relazione a comportamenti processuali delle parti che tendono a impedire al giudice un'adeguata valutazione dell'interesse del minore ovvero a frapporsi alla libera prospettazione dal punto di vista del minore in sede di ascolto da parte del giudice».

<sup>36</sup> Ci si riferisce in particolare a quanto previsto in materia di azioni di stato (artt. 244, 247, 264, 273 c.c.), matrimonio del minore (art. 90 c.c.), conflitto di interessi patrimoniali con i genitori o con i fratelli soggetti alla stessa responsabilità genitoriale (art. 320, ultimo comma, c.c.), responsabilità per il mantenimento e l'educazione (art. 279 c.c.), conflitto di interessi tra più fratelli soggetti alla stessa tutela (art. 347 c.c.), donazione o testamento a favore del minore (art. 356 c.c.), conflitto di interessi con il tutore e il protutore (art. 360 c.c.). Si veda, in proposito, PAZÉ, P., *op. cit.*, pp. 363 s.; GORGONI, A., *Famiglie e minore età: dall'atto al rapporto*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 216 ss.; MOROZZO DELLA ROCCA, P., «Tutela e curatela del minore», in CORDIANO A., SENIGAGLIA R. (a cura di), *op. cit.*, p. 251.

necessaria, a pena di nullità, la nomina del curatore speciale; dall'altro, ha delineato un ambito atipico comprensivo di tutti i procedimenti in cui è coinvolto l'interesse del minore, che, in concreto, risulti non poter essere adeguatamente tutelato dai genitori<sup>37</sup>. Del resto, la stessa Corte costituzionale ha segnalato che la figura del curatore speciale prevista dall'art. 78 c.p.c. «non ha carattere eccezionale, ma costituisce piuttosto un istituto che è espressione di un principio generale, destinato ad operare ogni qualvolta sia necessario nominare un rappresentante all'incapace»<sup>38</sup>, ogni volta, cioè, che sia ravvisabile un conflitto di interessi con i genitori o comunque con il proprio rappresentante legale<sup>39</sup>.

Ora, la disciplina del curatore speciale del minore, recentemente introdotta, recepisce e sviluppa i significati già definiti dall'interprete istituzionale.

Alle note ipotesi generali, contemplate nei primi due commi dell'art. 78 c.p.c., di mancanza temporanea del rappresentante o dell'assistente in casi di urgenza e di conflitto di interessi — concernente, come si dirà, più le questioni patrimoniali — è stato aggiunto l'art. 473-bis.8 c.p.c. tutto dedicato, per la prima volta, alla persona minore di età, segnatamente ai procedimenti nei quali è implicato il suo interesse. Il legislatore, da un lato arricchisce il sistema

---

<sup>37</sup> In questi termini la Cassazione si pone in linea con gli orientamenti della Corte di Strasburgo; si veda, in proposito, Corte Edu, 20 giugno 2019, ric. n. 7144/15, A e B. c. Croazia e le note di CESARO, G. O., «La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e la figura del curatore speciale del minore», *Fam. dir.*, 2019, p. 938.

<sup>38</sup> Corte Cost., 11 marzo 2011, n. 83, in *Riv. dir. proc.*, 2012, pp. 802 ss., con nota di D'ALESSIO, A., «Sulla necessità della nomina del curatore speciale al minore infrasedicenne nel procedimento ex art. 250 c.c.»; in *Fam. e dir.*, 2011, pp. 545 ss. con nota di TOMMASEO, F., «La Corte Costituzionale sul minore come parte nei processi della giustizia minorile»; in *Giur. it.*, 2012, pp. 270 ss. con nota di GRISI, G., «Chi rappresenta e difende il minore infrasedicenne nel giudizio di opposizione di cui all'art. 250 c.c.? Ombre e luci di una sentenza interpretativa di rigetto». Peraltro, stante la precisazione giurisprudenziale secondo la quale «la qualità di parte in senso formale, in aggiunta a quella di parte in senso sostanziale, va attribuita al minore in presenza di specifiche disposizioni normative recanti previsione della nomina di un curatore speciale per rappresentarlo in sede processuale (sicuramente, azioni di status e procedimenti di adottabilità)» (così, Cass., 6 dicembre 2021, n. 38719, cit.), è da ritenersi che tutte le volte in cui si procede con la nomina del curatore speciale nel processo, il minore diviene parte in senso formale.

<sup>39</sup> In questi casi il minore deve essere rappresentato dal curatore speciale «e questi deve poter godere di tutte le prerogative della parte formale, fra le quali un difensore tecnico che lo rappresenti nel processo», così CECHELLA, C., *op. cit.*, p. 35.

di nuove fattispecie tipiche di nomina del curatore speciale del minore; dall'altro istituisce un ambito di atipicità, consegnando al giudice il criterio valutativo all'insegna del quale decidere se nominare o meno al minore un curatore speciale<sup>40</sup>.

## 5. Le fattispecie tipiche

Le fattispecie tipiche, come si accennava, consistono, in parte, nella traduzione legislativa degli approdi giurisprudenziali poc'anzi segnalati. Nello specifico, è sancita la nomina del curatore speciale, anche d'ufficio, a pena di nullità del procedimento, nei casi di decadenza dalla responsabilità genitoriale chiesta dal pubblico ministero nei confronti di entrambi i genitori o da un genitore nei confronti dell'altro. Ma anche nelle ipotesi di adozione dei provvedimenti di cui all'art. 403 c.c. o di affidamento del minore a norma degli artt. 2 ss. l. 4 maggio 1983, n. 184<sup>41</sup>.

Il testo normativo annovera tra i casi in cui è dovuta la nomina del curatore speciale del minore soltanto la domanda di decadenza della responsabilità genitoriale *ex art. 330 c.c.* Non contempla, invece, le ipotesi di limitazione della responsabilità *ex art. 333 c.c.* né i provvedimenti ablativi o limitativi relativi all'amministrazione dei beni del figlio e all'usufrutto legale di cui all'art. 334 c.c. A ciò si aggiunge il riferimento soltanto al ricorso presentato dal pubblico ministero o da uno dei genitori nei confronti dell'altro, non invece al caso in cui la domanda provenga dai parenti o dal curatore speciale a norma dell'art. 336, comma 1, c.c.<sup>42</sup>.

Ebbene, in queste ipotesi non espressamente previste, vi è ragione per ritenere la nomina del curatore speciale soltanto facoltativa? Stante l'identità di funzione e di istanze assiologiche, a noi pare ragionevole far operare la regola nei termini della lettura giurisprudenziale, poc'anzi evocata; secondo la quale in tutti i procedimenti *de potestate*, indipendentemente da chi promuove il ricorso e nei confronti di chi

<sup>40</sup> Cfr. MOROZZO DELLA ROCCA, P., *op. cit.*, pp. 252 ss.

<sup>41</sup> Come giustamente osserva CESARO, G. O., *L'estensione*, cit., p. 64, in queste procedure sussiste «un evidente conflitto nemmeno potenziale bensì già attuale ed *ex ante* tra minore e genitori».

<sup>42</sup> Cfr. CECHELLA, C., *op. ult. cit.*, p. 182.

viene promosso, sussiste un livello di conflittualità tale da far ritenere inadeguato il genitore a tutelare l'interesse del figlio, sì da rendere necessaria, a pena di nullità, la nomina del curatore speciale<sup>43</sup>. Soluzione, questa, peraltro adottata dalla legge tedesca sui procedimenti in materia di famiglia e di volontaria giurisdizione (§ 158 FamFG).

È pure sancito che alla nomina del curatore speciale debba necessariamente provvedere il giudice quando a chiederla sia il minore interessato che abbia compiuto i quattordici anni di età (art. 473-bis.8, comma 1, lett. d, c.p.c.).

Si tratta di una previsione di indubbia rilevanza sistematica, che fa avanzare l'impianto normativo in termini di adeguamento delle regole ai principi, specialmente a quelli espressi dalle fonti che promuovono l'autonomia e l'autodeterminazione del minore<sup>44</sup>. Difatti, la rappresentazione del minore come persona titolare di diritti da proteggere esige di demandare al minore con capacità di discernimento il giudizio di idoneità del proprio rappresentante legale a realizzare nel processo (ma non solo) il suo migliore interesse e, in caso di giudizio negativo, il potere di chiedere la nomina di un curatore speciale.

Questa regola si unisce alle altre che fissano nell'età di quattordici anni il livello di maturità che fonda il potere di autonomia del minore (in materia di adozione, di consenso al riconoscimento come figlio, di consenso al trattamento dei dati personali nei servizi della società dell'informazione, ecc.); e ciò fa ancor più registrare all'interprete un disallineamento rispetto alla previsione generale di cui all'art. 315 bis, comma 3, c.c., che presume la capacità di discernimento, generatrice

---

<sup>43</sup> Di diversa opinione è CESARO, G. O., *op. ult. cit.*, p. 63; B. POLISENO, «Il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie, in La riforma del processo civile, l. 26 novembre 2021, n. 206 e d. leg. 10 ottobre 2022 n. 149 e n. 151», in *Foro it.*, Gli speciali 4/2022, p. 354; G. DE CRISTOFARO, «Le modificazioni apportate al codice civile dal decreto legislativo attuativo della "legge Cartabia" (D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149). Profili problematici delle novità introdotte nella disciplina delle relazioni familiari», *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, pp. 1435 ss.; segnatamente, questi autori ritengono che nei procedimenti *de potestate* diversi da quelli testualmente contemplati dall'art. 473-bis.8, comma 1°, lett. a), la nomina del curatore speciale possa avvenire ai sensi della lett. c) o del comma 2°.

<sup>44</sup> Il riferimento è, in particolare, all'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza; all'art. 24 della Carta UE; all'art. 315-bis c.c.

del diritto fondamentale all'ascolto, in chi abbia compiuto i dodici anni di età<sup>45</sup>.

In realtà, si tratta di un falso disallineamento poiché le norme esprimono significati differenti.

L'ascolto, generato dalla capacità di discernimento, attribuisce al minore il diritto di esprimere il suo migliore interesse rispetto alle decisioni che lo riguardano; ma il suo "dire" va comunque vagliato da chi ascolta<sup>46</sup>, tanto che, se l'ascolto avviene nel processo, il giudice può anche disattendere quanto espresso dal minore, motivando, ad esempio, che, nonostante si tratti di una persona ultradodicesenne, essa manca in concreto della capacità di discernimento. In sostanza, l'ascolto non dà diritto al minore di vedere senz'altro accolta la sua volontà, ma, in nome del principio del *best interest*, di vederla accolta soltanto se espressa liberamente, con effettivo discernimento; controllo, questo, demandato, appunto, a chi ascolta<sup>47</sup>.

Nell'ipotesi, invece, che stiamo considerando, così come negli altri casi in cui viene fissata una specifica età sopra i dodici anni, si tratta di accordare al minore la piena autonomia, il diritto di scegliere, ovvero di decidere in termini insindacabili dal destinatario della decisione medesima.

In definitiva, la decisione del minore ultraquattordicesenne di chiedere, in ogni momento del processo, la nomina del curatore speciale è insindacabile e incondizionata, avulsa da presupposti di inidoneità o di conflitto di interessi del rappresentante legale<sup>48</sup>. Ma se

---

<sup>45</sup> Cfr. CORDIANO, A., «Responsabilità dei genitori. Artt., 336-337», in *Cod. Civ. Comm.* Schlesinger, continuato da Busnelli e Ponzanelli, Giuffrè, Milano, 2020, p. 159; RUSSO, R., *op. cit.*, p. 646.

<sup>46</sup> Sull'ascolto del minore si veda, in particolare, RUSCELLO, F., «Garanzie fondamentali della persona e ascolto del minore», *Famiglia*, 2002, pp. 954 ss.; PERLINGIERI, P., «Sull'ascolto del minore», *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2012, pp. 126 ss.; CAMPAGNOLI, M. C., *L'ascolto del minore*, Giuffrè, Milano, 2013, *passim*; ACIERNO, M., «Ascolto del minore: cosa è cambiato con il D. Lgs. n. 154/2013?», *Giur. it.*, 2014, pp. 1274 ss.; VIRGADAMO, P., «L'ascolto del minore in famiglia e nelle procedure che lo riguardano», *Dir. fam.*, 2014, pp. 1656 ss.; BALLARANI, G., «Contenuto e limiti del diritto all'ascolto nel nuovo art. 336 bis c.c.: il genitore riconosce il diritto del minore a non essere ascoltato?», *Dir. fam.*, 2014, pp. 841 ss.; SCAGLIONE, F., «Ascolto, capacità e legittimazione del minore», *Dir. fam.*, 2014, pp. 438 ss.; SENIGAGLIA, R., *Minore età e contratto*, cit., pp. 1 ss.

<sup>47</sup> Cfr. DANOVI, F., «L'ascolto del minore è esplicitazione del contraddittorio nei confronti della parte in senso sostanziale», *Fam. dir.*, 2021, p. 713; RUSSO, R., *op. cit.*, p. 650.

<sup>48</sup> ARCERI, A., *Il minore nel nuovo processo familiare*, cit., p. 387, ritiene che la disposizione

questa libertà è senz'altro accordata al minore in un ambito (quello del processo) per sua natura conflittuale, i cui esiti decisionali hanno sempre ricadute considerevoli sulla sua sfera personale e relazionale, a nostro credere — nonostante la relazione illustrativa del d. lgs. 149/2022 predichi la valenza processuale della regola — lo stesso potere deve, a maggior ragione, essergli accordato anche nell'ambito extraprocessuale. L'incidenza sulle dinamiche del rapporto di filiazione è allora evidente, trattandosi di uno strumento attraverso il quale il figlio minorenni (grande) può affermare la propria autonomia dai genitori, non necessariamente disapprovando l'unità della famiglia, ovvero quel modello che la narra «come rapporto di tipo, astrattamente, non conflittuale»<sup>49</sup>.

Ma si è, per giunta, al cospetto di un significato portatore di un'eccedenza assiologica poiché, da questa ulteriore espressione normativa, unita alle altre che fissano in quattordici anni l'età dell'autonomia, può ricavarsi pure un'indicazione di principio nel senso del riconoscimento, a questo minore (grande), del potere di scegliere in termini insindacabili dall'adulto, fatti salvi gli specifici casi in cui la legge disponga diversamente.

Ovviamente non è escluso che il minore infraquattordicenne possa chiedere direttamente la nomina del curatore, come previsto dall'art. 79 c.p.c. Tuttavia, mentre nel caso del quattordicenne, la richiesta deve essere sempre accolta dal giudice, il quale, dunque, deve *necessariamente* provvedere alla nomina del curatore; nell'ipotesi di un minorenni infraquattordicenne la domanda, che può essere avanzata anche in sede di ascolto del minore con discernimento, è sindacabile dal giudice in termini di sussistenza dei presupposti (generali) di cui all'art. 78 c.p.c. o di quelli sanciti dall'art. 373-*bis*.8 (in particolare dalla lett. c) e dal comma 2°) i quali, se sussistono, rendono senz'altro necessaria la nomina.

Così come è accordato al minore quattordicenne il potere di chiedere la nomina del curatore speciale, allo stesso è pure riconosciuto il potere di domandare la revoca del curatore, in presenza dei requisiti di cui all'art. 473-*bis*.8, comma 4, c.p.c.; in questo caso, però, la decisione spetta al giudice dopo aver accertato la sussistenza

---

sia ad applicazione incondizionata, «indipendentemente dal tipo di procedimento in cui la nomina viene richiesta dal minore a propria tutela, ed indipendentemente dalla fase in cui lo stesso si trova».

<sup>49</sup> PERLINGIERI, P., *Il diritto civile*, cit., p. 354.



di gravi inadempienze da parte del curatore speciale o l'essere venuti meno i presupposti per la sua nomina.

Dinanzi a questo quadro assiologico, che riconosce al minore ultraquattordicenne di affermare la propria autonomia nei procedimenti decisionali che lo interessano scegliendo la persona più adeguata ad affiancarlo, non è possibile trascurare il problema legato all'effettività del *diritto* di chiedere la nomina del curatore speciale, ovvero della disponibilità di strumenti idonei a garantire, realmente, l'accesso alla giustizia del minore. A fronte della procedura per la presentazione dell'istanza per la nomina del curatore speciale sancita dall'art. 80 c.p.c., non si può non segnalare la mancanza anzitutto di presidi sociali di intermediazione, capillarmente diffusi nel territorio, ai quali il minore interessato possa agevolmente rivolgersi per inoltrare la sua richiesta all'ufficio competente. Nell'ambito del processo un adempimento senz'altro idoneo a implementare l'effettività di cotale diritto è l'obbligo posto in capo al giudice di informare, in sede di ascolto, il minore che abbia compiuto i quattordici anni della possibilità di chiedere la nomina di un curatore speciale (art. 473-bis.5, comma 4, c.p.c.).

## 6. Il ruolo del curatore speciale del minore

L'operato del curatore speciale deve essere strettamente funzionale alla realizzazione del migliore interesse del minore, nel senso, ben chiarito dal codice di rito tedesco, di determinare il migliore interesse del minore e di farlo valere nel processo (§ 158b FamFG). Proprio per poter assolvere al meglio alla propria funzione, il giudice può attribuirgli specifici poteri di rappresentanza sostanziale (art. 473-bis.8 c.p.c.)<sup>50</sup> ovvero di sostituzione del minore, in ambito extraprocessuale, nel compimento (anche solo formale) di taluni atti<sup>51</sup>; ipotesi questa già

---

<sup>50</sup> In questi casi il curatore speciale è investito del potere di rappresentanza, così come avviene per il genitore esercente la responsabilità genitoriale e il tutore; «egli pertanto, quando svolge le sue funzioni di amministrazione dei beni dell'incapace, non si limita ad un'attività di semplice integrazione della volontà di quest'ultimo (come la denominazione «curatore» potrebbe far supporre), ma compie egli stesso gli atti in nome e per conto della persona a lui affidata», così DELLA FONTANA, G., *op. cit.*, p. 52.

<sup>51</sup> In proposito si veda CESARO, G. O., «Il curatore speciale del minore e la protezione

contemplata in ambito strettamente patrimoniale<sup>52</sup> – specie con riferimento al curatore speciale nominato per porre in essere atti eccedenti l'ordinaria amministrazione quando i genitori non possono o non vogliono compierli (art. 321 c.c.)<sup>53</sup> – ma sino ad ora mancante di copertura legislativa negli altri ambiti<sup>54</sup>. Peraltro, sempre per effetto della riforma qui considerata, il curatore speciale è pure annoverato tra i legittimati ad agire per l'adozione dei provvedimenti *de postate ex* art. 336 c.c.

Sempre in ragione dell'anzidetto profilo funzionale, è sancito che il curatore debba comunque porsi in ascolto del minore, confermando, in questi termini, il legame inscindibile che deve intercorrere tra la disciplina della rappresentanza e quella dell'ascolto<sup>55</sup>; un ascolto che dovrà essere preceduto dalla comunicazione, chiara e comprensibile, delle informazioni necessarie a orientare la scelta, specialmente di quelle che riguardano lo specifico processo e che dovrà compiersi a norma dell'art. 315 *bis*, comma 3, c.c. e «nel rispetto dei limiti di cui all'art. 473-*bis*.4» (art. 473-*bis*. 8 c.p.c.)<sup>56</sup>. L'ascolto deve quindi riguardare un minore munito della capacità di discernimento (anche

---

dei best interests of the child: la tecnica del bilanciamento», *Fam. dir.*, 2020, pp. 871 ss.; MOROZZO DELLA ROCCA, P., *op. cit.*, p. 255; RUSSO, R., *op. cit.*, p. 647, la quale segnala che «il processo è il luogo dove il conflitto si evidenzia, ma non è detto che all'interno del processo tutto si risolva e si possa prevenire o rimediare ogni effetto negativo della conflittualità genitoriale; questa previsione consentirà al curatore di interagire anche con altri soggetti cui sono demandate funzioni di cura ed istruzione (scuola, presidi sanitari)».

<sup>52</sup> Cfr. ARCERI, A., *op. ult. cit.*, p. 381.

<sup>53</sup> Si vedano le considerazioni svolte da DANOVI, F., *Il curatore speciale*, cit., p. 702, il quale avverte che non va dimenticato che «la condotta del curatore, pur rimanendo libera di esplicarsi secondo “scienza e coscienza” nel superiore interesse del minore, dovrebbe essere sempre improntata al principio di minima offensività, e dovrebbe quindi essere sempre protesa a rinvenire, in ogni contesto e in relazione a ogni situazione problematica, la soluzione maggiormente pacificante e più idonea alla riduzione della conflittualità, e in questo senso in definitiva meno invasiva per il minore stesso».

<sup>54</sup> CECHELLA, C., «Il nuovo processo familiare e minorile nella legge delega sulla riforma del processo civile», *Quest. giust.*, 2021, pp. 234 ss. ravvisa, comunque, la necessità di delineare i contorni del potere di rappresentanza sostanziale del curatore.

<sup>55</sup> Si veda RUSSO, R., *op. cit.*, p. 644, secondo la quale questa correlazione è dovuta al fatto che «entrambi i gruppi di norme si inseriscono armonicamente in un percorso evolutivo in tema di tutela del minore, dalla cui analisi non si può prescindere se si vuole realmente comprendere la loro portata».

<sup>56</sup> Si rinvia a CORDIANO, A., *op. ult. cit.*, pp. 129 ss.

infradodicesime) e l'opinione da lui espressa deve essere tenuta in considerazione dal curatore speciale avuto riguardo all'età e alla maturità del minore. Oltretutto, anche in presenza di un "piccolo minore" sprovvisto della capacità di discernimento, il curatore, dovendo perseguire il *best interest* in concreto e non in astratto, è comunque chiamato a porsi in relazione empatica, comunionale con il minore, cercando di cogliere, con metodo democratico e maieutico, il suo migliore interesse<sup>57</sup>.

La riforma colma una lacuna dell'ordinamento, in termini di effettività della tutela dei diritti dei minori, anche relativamente ai provvedimenti che incidono sulla responsabilità genitoriale senza far decadere i genitori dalla stessa. Si tratta, nello specifico, dei casi di limitazione della responsabilità genitoriale, i quali, per le questioni sottratte alla decisione dei genitori, lasciano il minore sprovvisto di una rappresentanza adeguata. Lacuna, questa, sino ad ora colmata dal giudice o con la nomina (per lo più generica) del curatore speciale o con il tanto discusso affidamento del minore ai servizi sociali (allora non regolato<sup>58</sup>), non sempre accompagnato dalla delega di determinati atti. Ora l'art. 473-bis.7 c.p.c. detta una specifica disciplina della cura degli interessi del figlio minore una volta adottata una misura *de potestate*: in presenza di un provvedimento di *sospensione o decadenza* della responsabilità genitoriale, disposta anche in via temporanea, il giudice deve nominare un tutore, che fungerà da rappresentante legale del minore. Nel caso invece di un provvedimento *limitativo* della responsabilità genitoriale, il giudice, valutate le circostanze del caso concreto, può nominare un curatore speciale del minore. Con la nomina il giudice è chiamato ad articolare le regole all'insegna delle quali deve essere assolto l'ufficio del curatore, sul modello di quanto sancito, alla stregua di un approccio casistico, in materia di amministrazione di sostegno<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> Si veda DI MASI, M., «Interesse del minore e rigore argomentativo dei giudici al di là della PAS», *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, pp. 867 ss.

<sup>58</sup> Oggi l'affidamento ai servizi sociali trova una specifica disciplina nell'art. 5-bis, l. n. 184/1983, introdotto dall'art. 28, comma 1, lett. d), d. lgs., 10 ottobre 2022, n. 149.

<sup>59</sup> Segnatamente, il giudice deve indicare «a) la persona presso cui il minore ha la residenza abituale; b) gli atti che il curatore ha il potere di compiere nell'interesse del minore, e quelli per i quali è necessaria l'autorizzazione del giudice tutelare; c) gli atti che possono compiere i genitori, congiuntamente o disgiuntamente; d) gli atti che può compiere la persona presso cui il minore ha la residenza abituale; e) la periodicità con cui il curatore riferisce al giudice tutelare circa l'andamento degli

È evidente che stante la delicatezza delle questioni che accompagnano la nomina, la disciplina e la vigilanza del curatore del minore, al giudice è richiesta un'elevata professionalità, capace di cogliere le specificità degli interessi del minore coinvolto nel procedimento. Non bastano le competenze strettamente giuridiche; occorre invece maturare delle apposite *soft skills*, delle competenze trasversali<sup>60</sup>, che consentano al giudice di operare una valutazione culturale del caso e del diritto, capace di «cogliere l'universo del minore d'età calato nella società»<sup>61</sup>, per giungere, così, a una decisione ragionevole, che coniughi il caso espresso dal pluralismo della realtà, i principi e le regole, con piena coscienza dello specifico contesto ambientale e relazionale.

## 7. Gli ambiti di atipicità. Conflitto di interessi e inadeguatezza genitoriale

Oltre alle fattispecie tipiche poc'anzi segnalate, l'art. 473-bis.8 prevede due ambiti di atipicità della nomina del curatore speciale del minore<sup>62</sup>.

Un primo ambito (1° comma, lett. c) comprende quei casi in cui il giudice dovesse accertare, nel corso del processo, una situazione di pregiudizio per il minore idonea a precludere *l'adeguata* rappresentanza processuale dei genitori<sup>63</sup>. Giunto a tale constatazione,

---

interventi, i rapporti mantenuti dal minore con i genitori, l'attuazione del progetto eventualmente predisposto dal tribunale».

<sup>60</sup> Cfr. RUSSO, R., *op. cit.*, p. 649.

<sup>61</sup> PERLINGIERI, P., *op. ult. cit.*, p. 384.

<sup>62</sup> Cfr. CESARO, G. O., *L'estensione*, cit., p. 63.

<sup>63</sup> Nell'ambito applicativo della lett. c) dell'art. 473-bis.8, comma 1, c.p.c. può senz'altro farsi rientrare anche la situazione del figlio minorene infraquattordicenne nel caso di opposizione del genitore al riconoscimento da parte dell'altro genitore (art. 250, comma 4, c.c.), nei termini già chiariti, facendo leva sulle fonti internazionali, dal giudice delle leggi nel 2011; il quale, premesso che al «minore va riconosciuta la qualità di parte nel giudizio di opposizione di cui all'articolo 250 codice civile», ha aggiunto che «se di regola la sua rappresentanza sostanziale processuale è affidata al genitore che ha effettuato il riconoscimento, qualora si prospettino situazioni di conflitto di interessi, anche in via potenziale, spetta al giudice procedere alla nomina di un curatore speciale. Il che può avvenire su richiesta del pubblico ministero, o di qualunque parte che vi abbia interesse, ma anche di ufficio, avuto riguardo allo

comunque demandata alla sua valutazione discrezionale, il giudice deve provvedere alla nomina del curatore a pena di nullità del procedimento. Si discorre, dunque, di una discrezionalità che, essendo legata a un fatto, la cui mancata o errata comprensione da parte del giudice espone il processo a conseguenze destabilizzanti, rischia di prestarsi a contestazioni (*recte* impugnazioni) con pesanti ricadute in termini di durata del processo. In ragione di ciò, è verosimile che si radichi una prassi di nomina del curatore speciale del minore in ogni processo in cui i genitori o comunque le parti chiamate a tutelare l'interesse del minore siano in conflitto tra loro.

Un ulteriore ambito di nomina discrezionale e (questa volta) facoltativa si riferisce a ogni situazione in cui i genitori appaiano per gravi ragioni temporaneamente inadeguati a rappresentare gli interessi del minore<sup>64</sup>. Temporaneità che può essere giudicata tale anche in ragione di una specifica questione (si pensi a scelte fortemente condizionate dall'orientamento religioso dei genitori).

Ebbene, è proprio in queste ipotesi atipiche che si coglie un ulteriore notevole impatto sistematico della novella normativa.

Prima della riforma, a livello legislativo, al di là delle ipotesi tipiche l'ambito di atipicità del curatore speciale del minore riguardava principalmente l'attività patrimoniale, ovvero l'esercizio della rappresentanza nel compimento di uno o più atti patrimoniali riguardanti il minore. E il presupposto in presenza del quale è possibile, in questi casi, procedere con la nomina è il *conflitto di interessi*, che si ha, come limpidamente specificato dalla giurisprudenza, quando «i due soggetti si trovino o possano in seguito trovarsi in posizione di contrasto, nel senso che l'interesse proprio del rappresentante rispetto all'atto da compiere, mal si concili con quello del rappresentato»; è invece da escludere quando «pur avendo tali soggetti (rappresentante e rappresentato) un interesse proprio e

---

specifico potere attribuito in proposito all'autorità giudiziaria dell'art. 9, primo comma, della citata Convenzione di Strasburgo»; così Corte cost., 11 marzo 2011, n. 83, cit.

<sup>64</sup> Ad avviso di CESARO, G. O., *op. ult. cit.*, p. 66 la norma «pare potersi pacificamente applicare ai giudizi di separazione, divorzio e ai giudizi *ex art.* 316 c.c., nonché alle relative modifiche, rispetto ai quali l'elevata conflittualità genitoriale assume valore ostativo all'adeguato ingresso, nel procedimento valutativo e decisionale, della posizione giuridica del minore, a cui, come viene ricordato dall'art. 3 della Convenzione di New York, dovrebbe invece, comunque e sempre, essere attribuito valore preminente».

distinto al compimento dell'atto, questo corrisponda al vantaggio comune di entrambi; per cui i due interessi, secondo l'apprezzamento di merito incensurabile in sede di legittimità, risultano tra loro concorrenti e compatibili»<sup>65</sup>.

Diversamente, la situazione di *inadeguatezza* a cui fa riferimento ora la riforma non allude tanto a una condizione di conflittualità, ma piuttosto di *contesto*<sup>66</sup>; interessa, cioè, più propriamente la sfera personale del figlio minore ed è capace di comprendere tutte quelle decisioni rispetto alle quali, in ragione delle circostanze contingenti e relazionali in cui si trova il genitore, viene meno in lui la prospettiva del *best interest*, la quale deve sempre orientare la scelta, facendo invece assumere a quello stesso genitore la prospettiva del proprio interesse.

Ne discende che, per il tramite della clausola generale dell'*inadeguatezza genitoriale*, unita a quella del *conflitto di interessi* per le questioni patrimoniali, è accordato al giudice un ampio potere officioso, di nominare al figlio minore un curatore speciale in ragione del fatto che i genitori non versano nelle condizioni di poter operare la scelta più aderente al *best interest*. In altri termini, la nomina del curatore speciale si rende necessaria quando dalle condizioni relazionali e/o di contesto dovesse risultare una situazione di *difetto nella capacità di discernimento* dei genitori nell'operare la lettura del migliore interesse del figlio relativamente alla specifica questione che lo coinvolge. In questo senso va inteso il passaggio della pronuncia di legittimità in cui si precisa che «compete al giudice di merito valutare, caso per caso, se l'esercizio del potere rappresentativo dei genitori e dei relativi diritti processuali sia conforme all'interesse del figlio, dovendo disporsi la sostituzione del rappresentante e la nomina del curatore speciale, ove l'esito della valutazione sia negativo anche solo a livello potenziale»<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> Cass., 5 aprile 2018, n. 8438, in *Dir. giust.*, 62, 2018, p. 2. V. anche Cass., 21 novembre 2009, n. 20659 in banca dati *De jure*. Si veda, inoltre, CECHELLA, C., *Diritto e processo*, cit., pp. 36 ss.

<sup>66</sup> Cfr. CECHELLA, C., *I diritti del minore*, cit., p. 183.

<sup>67</sup> Cass., 9 marzo 2022, n. 7734, cit. Si vedano, in proposito, le considerazioni di ITALIA, E., «La partecipazione del minore nel processo civile», *Corr. giur.*, 2018, pp. 991 ss.

## 8. L'emersione di un principio

Volendo trarre dai significati normativi da ultimo tracciati uno spunto di principio, pare che la *capacità di discernimento*, assurgente a presupposto di legittimazione nei confronti di tutti coloro che sono chiamati a scegliere *per*, ed eventualmente *con l'ascolto*, della persona minorenne. Capacità di discernimento intesa come *idoneità* a decidere in conformità al migliore interesse del minore, per assenza di conflitto di interessi e di altre forme di "inidoneità"; capacità legata, dunque, non a uno stato di *libertà razionale contingente* (come per la capacità naturale di intendere e di volere) bensì di *libertà relazionale contestuale*.

Tant'è che quando questa capacità matura in capo al minore, in lui si incardina il diritto all'ascolto ovvero "a dire la sua" sulle decisioni che lo riguardano; e, come già evidenziato, è proprio la presenza effettiva del discernimento che assurge a criterio in base al quale il soggetto che ascolta deve dar seguito o meno (in questo caso motivando) alla scelta che il minore esprime.

Allo stesso modo, solo se questa capacità sussiste in capo ai genitori, essi possono essere giudicati *idonei* a tutelare l'interesse del figlio, fuori e dentro il processo, facendolo permanere, in quest'ultimo caso, nella posizione di parte in senso sostanziale; diversamente, occorrerà nominare al minore un curatore speciale e, in sede giudiziaria, farlo "entrare nel processo"<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup> CESARO, G. O., *op. ult. cit.*, p. 68 ritiene che in questi casi il minore comunque acquisisca la qualità di parte in senso sostanziale «non formale, il cui intervento sarebbe necessario (mediante la rappresentanza del curatore speciale) laddove i genitori non appaiano adeguati a fornire al giudice un'adeguata rappresentanza (e rappresentazione) dei suoi interessi». Quindi, secondo l'autrice, sebbene ai sensi della nuova normativa «nel divorzio e nelle separazioni altamente conflittuali sia opportuno — se non doveroso — procedere alla nomina del curatore per il minore, con l'attribuzione del potere della rappresentanza sostanziale in processo, in ogni caso il minore (rappresentato dal curatore) non dovrebbe acquisire la qualità di litisconsorte necessario». Si veda anche P. PAZÉ, *op. cit.*, p. 367, il quale segnala la mancanza di chiarezza — peraltro non superata dalla riforma — del coordinamento tra la figura processuale del curatore speciale del minore e del difensore del minore. L'a. osserva che anche le disposizioni, dedicate alla specifica questione, contenute nella Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori hanno una formulazione ambigua e «hanno favorito il formarsi di prassi di nomina di avvocati come curatori speciali e in alcuni casi la sovrapposizione nella stessa persona dei ruoli di avvocato del minore e di curatore speciale, determinando una confusione tra la rappresentanza del curatore speciale e la rappresentanza tecnica del difensore e fra la gratuità della prestazione del curatore speciale e la retribuzione del lavoro

Insomma, se la disciplina del curatore speciale va senz'altro salutata come ulteriore garanzia all'effettività dei diritti e dell'interesse del minore, il suo apporto in termini sistematico-evolutivi si esprime nell'aprire al sindacato di idoneità del giudice e del figlio minore la responsabilità genitoriale, specialmente nel momento in cui è chiamata ad esprimersi nella forma della rappresentanza.

## Bibliografia

ACIERNO, M., «Ascolto del minore: cosa è cambiato con il D. Lgs. n. 154/2013?», *Giur. it.*, 2014, pp. 1274 ss.; VIRGADAMO, P., «L'ascolto del minore in famiglia e nelle procedure che lo riguardano», *Dir. fam.*, 2014, pp. 1656 ss.;

ARCERI, A., «Il minore ed i processi che lo riguardano: una normativa ancora disapplicata», *Fam. dir.*, 2009, pp. 869 ss.

ARCERI, A., «Il minore nel nuovo processo familiare: le regole sull'ascolto e la rappresentanza», *Fam. dir.*, 2022, pp. 380 ss.;

BALLARANI, G., «Contenuto e limiti del diritto all'ascolto nel nuovo art. 336 bis c.c.: il genitore riconosce il diritto del minore a non essere ascoltato?», *Dir. fam.*, 2014, pp. 841 ss.;

BALLARANI, G., «Le istituzioni a tutela dei minori», in CORDIANO A., SENIGAGLIA R. (a cura di), *Diritto civile minorile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022.

BALLARANI, G., *sub* «art. 337 ter», in PATTI, S., ROSSI CARLEO, L., «Esercizio della responsabilità genitoriale», in *Comm. c.c. Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di DE NOVA, G., Zanichelli, Bologna, 2021.

BELVEDERE, A. (a cura di), *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Giuffrè, Milano, 1980.

BIANCA M. (a cura di), *The best interest of the child*, Sapienza Università Editrice, Roma, 2021.

BIANCA, M., «Le fonti del diritto civile minorile», in A. CORDIANO e R. SENIGAGLIA, (a cura di), *Diritto civile minorile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022, pp. 8 ss.

CAMPAGNOLI, M. C., *L'ascolto del minore*, Giuffrè, Milano, 2013.



CECHELLA, C., «I diritti del minore nel processo italiano, tra difesa tecnica e ascolto», *Famiglia*, 2022, p. 171.

CECHELLA, C., «Il nuovo processo familiare e minorile nella legge delega sulla riforma del processo civile», *Quest. giust.*, 2021, pp. 234 ss.

CECHELLA, C., *Diritto e processo nelle controversie familiari e minorili*, Zanichelli, Bologna, 2018, pp. 36 ss.

CESARO, G. O., «Il curatore speciale del minore e la protezione dei best interests of the child: la tecnica del bilanciamento», *Fam. dir.*, 2020, pp. 871 ss.;

CESARO, G. O., «L'estensione e valorizzazione della figura del curatore speciale del minore: la riforma degli articoli 78 e 80 c.p.c.», *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, p. 50.

CESARO, G. O., «La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e la figura del curatore speciale del minore», *Fam. dir.*, 2019, p. 938.

CORDIANO, A., «Responsabilità dei genitori. Artt., 336-337», in *Cod. Civ. Comm.* Schlesinger, continuato da Busnelli e Ponzanelli, Giuffrè, Milano, 2020, p. 159;

D'ALESSIO, A., «Sulla necessità della nomina del curatore speciale al minore infrasedicenne nel procedimento ex art. 250 c.c.», *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 809.

D'ALESSIO, A., «Sulla necessità della nomina del curatore speciale al minore infrasedicenne nel procedimento ex art. 250 c.c.», *Riv. dir. proc.*, 2012, pp. 802 ss.;

DANOVI, F., «Il curatore speciale del minore quale (ulteriore) raccordo tra giudice minorile e giudice ordinario», *Fam. dir.*, 2019, p. 696.

DANOVI, F., «Il mancato ascolto del minore inficia nel merito la decisione», *Fam. dir.*, 2021, pp. 175 ss.

DANOVI, F., «L'ascolto del minore è esplicitazione del contraddittorio nei confronti della parte in senso sostanziale», *Fam. dir.*, 2021, p. 713;

DE CRISTOFARO, G., «Le modificazioni apportate al codice civile dal decreto legislativo attuativo della "legge Cartabia" (D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149). Profili problematici delle novità introdotte nella disciplina delle relazioni familiari», *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, pp. 1435 ss.

DELLA FONTANA, G., voce «Curatore speciale», in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1957, pp. 51 ss.

DI LANDRO, A. C., «Best interest of the child e tutela dei minori nel dialogo tra legislazione e giurisprudenza», *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, pp. 451 ss.;

DI MASI, M., «Interesse del minore e rigore argomentativo dei giudici al di là della PAS», *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, pp. 867 ss.

DI MASI, M., *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Jovene, Napoli, 2020.

FEMIA, P., «Segni di valore», in L. RUGGERI (a cura di), *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, Atti del Convegno tenutosi a Camerino nel settembre 2009, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, pp. 83 ss.

FERRANDO, G., «Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali», *Pol. dir.*, 1998, pp. 167 ss.

GIANGASPERO, P., «Procedimenti di volontaria giurisdizione e tutela degli interessi del minore: una decisione interlocutoria della Corte costituzionale», *Fam. dir.*, 2001, p. 121.

GIARDINA, F., «L'interesse del minore: gli aspetti identitari», *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, pp. 159 ss.

GIARDINA, F., *La condizione giuridica del minore*, Jovene, Napoli, 1984.

GORGONI, A., *Famiglie e minore età: dall'atto al rapporto*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 216 ss.;

GRAZIOSO, G., «Il curatore speciale del minore nella separazione e nel divorzio. Orientamenti giurisprudenziali e dottrinali. Prospettive di riforma», *Dir. fam.*, 1996, pp. 1242 ss.

GRISI, G., «Chi rappresenta e difende il minore infrasedicenne nel giudizio di opposizione di cui all'art. 250 c.c.? Ombre e luci di una sentenza interpretativa di rigetto», *Giur. it.*, 2012, pp. 270 ss.

IRTI, C., *Affidamento condiviso e casa familiare*, Jovene, Napoli, 2010.

ITALIA, E., «La partecipazione del minore nel processo civile», *Corr. giur.*, 2018, pp. 991 ss.

LENTI, L., «Note critiche in tema di interesse del minore», *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 111 ss.

LONG, J., «Uno sguardo problematico sulle novità della riforma del processo civile d'interesse per il diritto familiare e minorile sostanziale», *Famiglia*, 2022, pp. 150.

LONG, J., *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Giuffrè, Milano, 2006;

MATTEINI CHIARI, S., *Il minore nel processo*, Giuffrè, Milano, 2014;

MOROZZO DELLA ROCCA, P., «Tutela e curatela del minore», in CORDIANO A., SENIGAGLIA R. (a cura di), *Diritto civile minorile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022, p. 251.

MOSCATI, E., «Il minore nel diritto privato, da soggetto da proteggere a persona da valorizzare (contributo allo studio dell'interesse del minore)», *Dir. fam. pers.*, 2014, pp. 1141 ss.

NASCOSI, A., «La nomina del curatore speciale nel giudizio di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità», *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1032 ss.,

ODINO, A. e PASCHETTI, N., «La Corte Costituzionale non risponde: un'occasione perduta, sarà Strasburgo a dire l'ultima parola?», *Foro it.*, 2002, pp. 3302 ss.

PARADISO, M., «I rapporti personali nelle relazioni di coppia dopo la stagione delle riforme», *Famiglia*, 2018, pp. 613 ss.

PAZÉ, P., «La tutela e la curatela dei minori», in *Tratt. dir. fam.*, diretto da Zatti, P., VI, L. LENTI (a cura di), *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 367.

PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020.

PICCALUGA, F., «La rappresentanza del minore e la nomina di un curatore speciale: una sorprendente decisione della consulta», *Dir. fam. pers.*, 2001, pp. 917 ss.

POLISENO, B., *Profili di tutela del minore nel processo civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017.

POLISENO, B., «Il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie, in La riforma del processo civile, l. 26 novembre 2021, n. 206 e d. leg. 10 ottobre 2022 n. 149 e n. 151», in *Foro it.*, *Gli speciali* 4/2022, pp. 354 ss.

PROTO PIASANI, A., «Battute d'arresto nel dibattito sulla riforma del processo minorile», *Foro it.*, 2002, p. 3302 ss.

QUADRI, E., «L'interesse del minore nel sistema della legge civile», *Fam. dir.*, 1999, pp. 80 ss.

RUSCELLO, F., «Garanzie fondamentali della persona e ascolto del minore», *Famiglia*, 2002, pp. 954 ss.; PERLINGIERI, P., «Sull'ascolto del minore», *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2012, pp. 126 ss.;

RUSSO, R., «La partecipazione del minore al processo nella riforma del rito civile», *Fam. dir.*, 2022, p. 645.

SCAGLIONE, F., «Ascolto, capacità e legittimazione del minore», *Dir. fam.*, 2014, pp. 438 ss.;

SCALISI, V., «Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto», *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 405 ss.

SENIGAGLIA, R., «Cristianesimo, diritto civile, “famiglie”: evoluzione di un radicamento culturale», *Rass. dir. civ.*, 2021, pp. 1518 ss.

SENIGAGLIA, R., *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Giappichelli, Torino, 2020.

SESTA, M., «Famiglia e figli in Europa: i nuovi paradigmi», *Fam. dir.*, 2019, pp. 1049 ss.

SESTA, M., «La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell'attuale disciplina giuridica della famiglia», *Fam. dir.*, 2021, pp. 764 ss.

TOMMASEO, F., «Giudizi camerale *de potestate* e giusto processo», *Fam. dir.*, 2002, pp. 229 ss.

TOMMASEO, F., «La Corte Costituzionale sul minore come parte nei processi della giustizia minorile», *Fam. e dir.*, 2011, pp. 545 ss.

TOMMASEO, F., «Rappresentanza e difesa del minore nel processo civile», *Fam. dir.*, 2007, spec. pp. 413 ss.

ZACCARIA, G., *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Il Mulino, Bologna, 2022.

# Relaciones de filiación y personas con discapacidad que precisan medidas de apoyo

*M<sup>a</sup> Eugenia Torres Costas*

**RESUMEN:** La Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, reconoce el derecho de estas personas a fundar una familia y decidir los hijos que quieren tener. Este trabajo repasa el grado de adaptación del ordenamiento jurídico español al Tratado internacional desde la entrada en vigor la Ley 8/2021, de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

**ABSTRACT:** La Convenzione sui diritti delle persone con disabilità riconosce il diritto di queste persone a fondare una famiglia e decidere i figli che desiderano avere. Il contributo passa in rassegna il grado di adattamento dell'ordinamento giuridico spagnolo al trattato internazionale dall'entrata in vigore della Legge 8/2021, sulla riforma della legislazione civile e processuale a sostegno delle persone con disabilità nell'esercizio della loro capacità giuridica.

**SUMARIO:** 1. Contexto actual. – 2. Filiación y CDPD. – 3. Las relaciones de filiación de las personas con discapacidad que precisan medidas de apoyo en España. La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (LAPD). – 3.1. Filiación y personas con discapacidad en la LAPD. – 3.2. Filiación y personas con discapacidad. – 3.2.1. Personas que han tenido un hijo al que quieren reconocer. – 3.2.2. Hijos adultos con discapacidad que van a ser reconocidos, para lo cual deberán prestar o negar el consentimiento. – 3.2.3. Personas con discapacidad que quieren impugnar una filiación reconocida o atribuida. – 3.2.4. Impugnación

de la paternidad por vicio del consentimiento. – 3.2.5. Otros supuestos de impugnación de la filiación. – 3.2.5.1. Impugnación de la maternidad. – 3.2.5.2. Impugnación de la paternidad en calidad de perjudicado. – 4. Una breve referencia STS 558/2022, de 11 de julio, sobre reconocimiento de doble maternidad no matrimonial. – 5. Medidas de apoyo y aspectos procesales. – 6. Conclusiones.

## 1. Contexto actual

Para abordar la cuestión relativa a las relaciones de filiación de las personas con discapacidad que precisan de medidas de apoyo debemos conocer, en primer lugar, el tratamiento que actualmente nuestros ordenamientos jurídicos prestan a la discapacidad.

Para ello, hemos de tomar en consideración que, desde al año 2006, existe un importantísimo tratado internacional que ha supuesto un verdadero giro copernicano respecto al tradicional paradigma médico-rehabilitador de la discapacidad.

A estas alturas todos sabemos que la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) aprobada el 13 de diciembre de 2006 en la sede de Naciones Unidas en Nueva York supuso la ruptura y separación radical de ese viejo modelo y la introducción del vigente tratamiento social de la discapacidad basada en el necesario enfoque de Derechos Humanos<sup>1</sup>. Esta última afirmación no responde a un mero cambio terminológico o estético<sup>2</sup> respecto a la anterior situación y tampoco, como cierto sector doctrinal se empeña en reiterar, a un «pensamiento único políticamente correcto»<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Un análisis más detallado sobre el origen, espíritu y negociación de la CDPD puede verse en TORRES COSTAS, M. E., *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, (Boletín Oficial del Estado, Ed.) Madrid, 2020-I.

<sup>2</sup> Al respecto léase misma línea GARCIA RUBIO, M. P., «Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad», *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, 2021, pp. 45-62 y también ID, «La reforma de la discapacidad en el Código Civil. Su incidencia en las personas de edad avanzada», en *AFDUAM. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2021, pp. 81, 82.

<sup>3</sup> ALEMANY, M., «Una crítica a los principios de la reforma del régimen jurídico de la discapacidad», en AA.VV., MUNAR BERNAT, P. (dir.), *Principios y preceptos de la*

El nuevo paradigma de la discapacidad responde a la reivindicación impulsada y mantenida a lo largo de décadas, especialmente desde la segunda mitad del siglo XX, por las propias personas con discapacidad, verdaderas protagonistas y artífices del texto final del Tratado (el 70% se debe a sus aportaciones, según reconoció el propio Sr. MacKay<sup>4</sup>, Presidente en su día del Comité Especial que negoció la CDPD), que reclamaban un cambio de modelo que abordase definitivamente la discapacidad como una cuestión de derechos humanos -dignidad, libertad e igualdad, entre otros-. Se salda con su aprobación la imperdonable deuda histórica que la sociedad mantenía con las personas con discapacidad a las que, bajo el pretexto de su necesaria protección, ha venido, en la práctica, privándolas impunemente de muchos de sus derechos por el único hecho de presentar una discapacidad.

Tras su aprobación y publicación en 2006, una vez abierto el periodo de firma a los Estados parte, España procedió a signar la Convención el 30 de marzo de 2007, y a ratificarla en noviembre de ese mismo año<sup>5</sup>, entrando en vigor en mayo de 2008, tras conseguirse la vigésima ratificación del Tratado requerida para que su vigencia comenzase. Por su parte, Italia firmó también la CDPD, el 30 de marzo de 2007, pero no la ratificó hasta el 15 de mayo de 2009. Tanto España como Italia forman parte de la Unión Europea, que, a su vez, también

---

*reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (Vol. Colección Lege Ferenda), Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 23-24; PEREÑA VICENTE, M. «El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código Civil», en AA.VV., MUNAR BERNAT, P. (dir.), *op. cit.*, p. 200; ALEMANY, M., «Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación nº1 (2.014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad)», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*(52), 2018, p. 217; CANIMAS BRUGUÉ, J., «Decidir por el otro a veces es necesario», *Cuadernos de la Fundación Víctor Grífols i Lucas*(39), 2016, p. 23; LAFUENTE TORRALVA, A., «Cuestiones problemáticas y propuestas de reforma de la incapacidad judicial», *RedUr. Revista electrónica del departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, 2012, p. 124.

<sup>4</sup> ASTORGA GATJES, L. F. «Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: esperanza e instrumento para construir un mundo más accesible e inclusivo», *Revista Cejil. Debate sobre Derechos Humanos y el sistema Interamericano*, 2008, p. 5.

<sup>5</sup> Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008.

la suscribió el 30 de marzo de 2007 y la ratificó el 23 de diciembre de 2010<sup>6</sup>.

Queda claro, por lo tanto, que ambos Estados están doblemente obligados (como Estado firmante y como Estado miembro de la Unión Europea) respecto a este convenio internacional, considerado el primer tratado de derechos humanos del Siglo XXI. De este modo, su articulado se integra en el ordenamiento jurídico de ambos Estados.

En este sentido, conviene recordar que, con toda probabilidad, la principal revolución que opera la Convención se ubica en su artículo 12, al reconocer a la personas con discapacidad el derecho a su capacidad jurídica en idénticas condiciones que los demás, precepto que también consagra la obligación de los Estados de proveer a esas personas de los apoyos que precisen en el ejercicio de su capacidad, así como de establecer las salvaguardas que eviten conflictos de intereses e influencias indebidas. Se trata de un artículo que irrumpe como un tornado a nivel cuasi mundial en los ordenamientos jurídicos de los 164 Estados que actualmente la han ratificado<sup>7</sup> levantando los cimientos más asentados del tradicional modelo médico rehabilitador de la discapacidad imperante en cada uno de esos Estados.

Si revisamos la situación en la que, tras el paso de ese remolino huracanado se encuentran hoy mismo los que han comenzado a acometer el cambio, nos daremos cuenta de que todavía no existe ordenamiento jurídico alguno que haya –«limpiado» definitivamente y en profundidad su sistema de las manchas indelebles del modelo anterior, muchas de ellas escondidas en esquinas que se tornan inalcanzables, a la vista de los pasos que van dando los diferentes legisladores en su sistema interno. Fue el propio Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, el Comité), órgano supervisor de la Convención, el que, al comenzar a recibir los primeros informes de seguimiento remitidos por los diferentes Estados Parte, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 35 CDPD, se dio cuenta de que ninguno de ellos había entendido el verdadero significado, alcance y magnitud del artículo 12 CDPD. Por ello y, con el fin de aclarar esta cuestión, emitió en el año 2014 su Observación General

---

<sup>6</sup> El estado de firma y ratificación de la CDPD puede consultarse en: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-15&chapter=4&clang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&clang=en)

<sup>7</sup> *Ibidem*. Última consulta realizada el 24 de diciembre de 2022.



Primera (OG 1<sup>a</sup>)<sup>8</sup> sobre este precepto, marcando una serie de directrices y obligaciones para que los Estados alcanzasen la verdadera y completa adaptación de sus ordenamientos jurídicos internos a ese artículo 12. Pese a ello, y aun reconociendo los esfuerzos y avances al respecto por muchos de los Estados -incluida España-, los informes periódicos más recientes continúan evidenciando una enorme resistencia al cumplimiento exacto de las obligaciones impuestas por el Comité.

En la práctica, esta situación va dando lugar a que, con demasiada frecuencia, emerjan señales que evidencian la incompatible convivencia entre el denostado sistema sustitutivo de la voluntad y el revolucionario modelo de provisión de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica nacido, sin posibilidad de retorno, con la CDPD.

Respecto al tema que aquí nos ocupa, mostraremos algunas de estas contradicciones centrándonos en el sistema jurídico español tras su intento de adaptación al texto convencional.

## 2. Filiación y CDPD

La CDPD no hace referencia directa ni expresa a las relaciones de filiación, pero los derechos de las personas con discapacidad para reclamar su determinación o para impugnarla se encuentran relacionados con lo previsto en el artículo 12 CDPD y garantizados por este, con carácter general, y por el artículo 23 CDPD, de manera más específica.

Como hemos mencionado en el apartado precedente, el artículo 12 CDPD aglutina toda la revolución del nuevo sistema ya que, por una parte, reconoce el derecho a la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás y, por otra, introduce el nuevo sistema de provisión de apoyos para garantizar su ejercicio por los propios titulares del derecho. El concepto de capacidad jurídica recogido en el artículo 12 mencionado engloba tanto la aptitud para ser titular de derechos, como la capacidad para ejercerlos<sup>9</sup>. Así se deduce de todas las actuaciones

---

<sup>8</sup> CRPD/C/GC/1.

<sup>9</sup> *Ibidem*, párr. 12, p.3. Respecto a las actuaciones seguidas por el Comité ad hoc, conviene recordar el análisis del Derecho Internacional, la encomienda de informes

llevadas a cabo por y ante el Comité Especial (o *ad hoc*) al que se encomendó la negociación del Tratado y de todos los debates surgidos en torno a esta cuestión durante todo el proceso que este duró, zanjados definitivamente en la última reunión del octavo periodo de sesiones.

El artículo 12 CDPD supone el reconocimiento de las personas con discapacidad a tomar sus propias decisiones en todas las esferas de su vida. Este derecho se proyecta de forma transversal en toda la Convención y penetra en cada uno de los derechos reconocidos de forma particular en el resto de su articulado. Entre ellos nos encontramos con el Derecho a formar una familia, plasmado en el artículo 23 CDPD, bajo el título: «Respeto del hogar y de la familia». Es en el marco de este precepto donde de forma más concreta podemos ubicar el derecho de las personas con discapacidad a reclamar su filiación o impugnarla. Así, su párrafo primero indica que «Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con la paternidad, entre otras...». De forma expresa, el apartado b) del párrafo 1 de este artículo 23 CDPD reconoce también el derecho de las personas con discapacidad a decidir el número de hijos que quiere tener.

En definitiva, el artículo 23 CDPD es la concreción del derecho a ejercer la capacidad jurídica reconocida en el artículo 12 CDPD respecto a las relaciones familiares, entre ellas, las relaciones de filiación. Se reconoce que todas las personas con discapacidad tendrán

---

a otros órganos de Naciones Unidas o el estudio comparativo sobre la forma y alcance en que los términos «personalidad jurídica», «capacidad jurídica» y «capacidad para actuar», se utilizaban en los sistemas de civil law y de common law de los países seleccionados para el informe interesado. La unanimidad alcanzada in extremis en la última reunión del Comité Especial, ponía fin a la negativa mantenida durante todo el proceso negociador por ciertos Estados, concretamente Rusia, China y los países árabes, a admitir la inclusión del elemento dinámico en el concepto de capacidad jurídica. La intervención del que entonces era Presidente del Comité ad hoc fue determinante para finalmente aprobar por unanimidad la CDPD en los términos que figuran en el texto actual y con el significado que dichas palabras quisieron darle sus signatarios y los representantes de la sociedad civil unidos en torno al sistema de apoyos basado en el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, lo que suponía el pleno reconocimiento de su capacidad jurídica en su sentido más amplio, en el que se debía incluir tanto el elemento estático, referido a la titularidad de derechos, como el elemento dinámico, relativo a su ejercicio. V. TORRES COSTAS, M. E., *op. cit.* pp. 51-61.

en este aspecto los mismos derechos que el resto de las personas y se obliga a que los Estados adopten medidas necesarias para impedir cualquier forma de discriminación, al respecto. Sobre ello han abundado también las Observaciones Generales Primera y Tercera del Comité<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> «En muchos casos, la negación de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad ha hecho que se vean privadas de muchos derechos fundamentales, como el derecho de voto, el derecho a casarse y fundar una familia»..., párr.8, p.3; «f) El apoyo en la adopción de decisiones no debe utilizarse como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad, especialmente el derecho ... a fundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico ...». CRPD/C/GC/1, párr. 29-f), p. 8. Más adelante añade: «31. El reconocimiento de la capacidad jurídica está vinculado de manera indisoluble con el disfrute de muchos otros derechos humanos establecidos en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, entre ellos los siguientes: ... derecho a...fundar una familia (art. 23)... », párr. 31, p.9. «...hay que modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las mujeres con discapacidad. Las leyes que no permiten que las mujeres con discapacidad contraigan matrimonio o decidan el número y el espaciamiento de sus hijos en igualdad de condiciones con las demás son ejemplos comunes de este tipo de discriminación». CRPD/C/GC/3, párr.25, p. 6. «Al igual que todas las mujeres, las que presentan discapacidad tienen derecho a elegir el número y el espaciamiento de sus hijos, así como a ejercer control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y a decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujetas a la coerción, la discriminación y la violencia», CRPD/C/GC/3, párr.38, p. 11. «Todas las mujeres con discapacidad han de poder ejercer su capacidad jurídica tomando sus propias decisiones, con apoyo cuando así lo deseen, sobre la atención médica o el tratamiento terapéutico, incluidas las decisiones relativas a conservar su fertilidad y su autonomía reproductiva, ejercer su derecho a decidir el número y el espaciamiento de los hijos, dar su consentimiento y aceptar una declaración de paternidad y ejercer su derecho a establecer relaciones», CRPD/C/GC/3, párr.44, p. 12.

### 3. Las relaciones de filiación de las personas con discapacidad que precisan medidas de apoyo en España. La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (LAPD)<sup>11</sup>

Trece años después de la entrada en vigor de la CDPD en España, y después de varios intentos por parte del legislador, se consigue aprobar la reforma que aborda definitivamente la cuestión relativa al cambio de paradigma de la discapacidad<sup>12</sup>. La importancia de esta ley está fuera de toda duda y ha sido aplaudida por la mayor parte de la doctrina, la jurisprudencia y la sociedad, lo que no significa que no haya estado también exenta de críticas. El calado de la reforma es de tal magnitud que, como se reconoce expresamente en su Preámbulo, rompe definitivamente con las sacrosanta distinción entre los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar, acallando las voces de aquellos que, hasta entonces, venían afirmando que el artículo 12 CDPD no supone la unión de estos conceptos<sup>13</sup>, sino que esto es una invención del Comité que, en una interpretación del artículo tachada de radical, dice lo que el artículo no dice.

El legislador español acoge abiertamente la versión del órgano de supervisión del Tratado al indicar, sobre el concepto de capacidad jurídica, que «ha de tomarse en consideración que, como ha puesto en evidencia la Observación General del Comité de Expertos de las Naciones Unidas elaborada en 2014, dicha capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para

---

<sup>11</sup> BOE N.º 132, de 3 de junio de 2021.

<sup>12</sup> Una síntesis de sus principales características, GARCIA RUBIO, M. P., *Contenido y significado*, cit., pp. 45-62.

<sup>13</sup> PEREÑA VICENTE, M., *op. cit.*, pp. 61-83; SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I., «Reflexión acerca de una posible compatibilidad entre los mecanismos sustitutivos de la capacidad de obrar y el Art.12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», en ÁLVAREZ RAMÍREZ, G., ALCAÍN MARTÍNEZ, E. (dirs.), *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos*, (1ª ed., pp. 585-596), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 595 (Vid. nota<sup>103</sup>); PEREÑA VICENTE, M., PALLARES NEILA, J., *La Convención de Nueva York y su incidencia en la medida de protección. Código de Buenas Prácticas en el ejercicio de las medidas de protección jurídica*, Fundación Manantial, Madrid, pp. 143-145, entre ellos.

ejercitarlos». No se trata, como asimismo indica, de un mero cambio de terminología «sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos».

Sentadas así las bases de la reforma, la ley incide directamente sobre ocho leyes y modifica también dos artículos del Código Penal que afectan a la responsabilidad civil derivada de hecho delictivo cometido por personas con discapacidad. Se trata de una reforma de gran trascendencia, pero todavía insuficiente para conseguir la plena adaptación del ordenamiento jurídico español a la CDPD. Prueba de ello es que han quedado sin reformar, entre otras, todas las normas relativas a la prestación del consentimiento informado en el ámbito de la salud<sup>14</sup>; entre estas, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA), a la que más adelante nos referiremos de nuevo.

Con todo, el cambio de paradigma introducido en el ámbito civil y procesal reformado afecta a más de un centenar de artículos solo del Código Civil; entre ellos, los reguladores de la Filiación, que encontramos en el Capítulo I, del Título V, del Libro I CC, sobre los que nos detendremos en las líneas siguientes.

### 3.1. Filiación y personas con discapacidad en la LAPD

Una de las reivindicaciones unánimemente interesada tanto por la doctrina como desde el movimiento social en fase de consulta previa

---

<sup>14</sup> A ello nos hemos referido también en TORRES COSTAS, M., «Mujeres con Discapacidad y responsabilidad parental», comunicación presentada en el VII Congreso Carmona Mujer, Discapacidad y Derecho, Movimiento Carmona, Mallorca 26 y 27 de mayo de 2022, (pendiente de publicación); ID, «La vacunación contra el Covid-19 de personas mayores residentes en centros de mayores: ¿Derecho o imposición? El consentimiento informado por representación. Primeras resoluciones judiciales», *Diario La Ley*, 2021; o también en GARCIA RUBIO, M. P., TORRES COSTAS, M., «Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Anuario de Derecho Civil*, LXXV, I, 2022, pp. 279-334, entre otras.

del Anteproyecto de ley de la que terminó siendo la LAPD fue que en ella se separase claramente la regulación que de los menores de edad de la referida a las personas adultas con discapacidad<sup>15</sup>. Se pretendía evitar de este modo la perpetuación de cualquier muestra de infantilización hacia estas personas, que debían dejar de ser tratadas como niños para pasar a serlo, sencillamente, como personas adultas, incluso aunque, en determinadas circunstancias, pudieran precisar de apoyos para ejercer su capacidad jurídica, esto es, para tomar sus propias decisiones también sobre esta materia.

En coherencia con la CDPD en la versión interpretada por su Comité, que es la que ha seguido el legislador español, como ya hemos indicado anteriormente, (Preámbulo, párrafo 6, apartado I), la reforma de la filiación operada tras la entrada en vigor de la ley debía eliminar cualquier referencia a la incapacitación, o a la privación o limitación del ejercicio de la capacidad jurídica, no solo desde un punto de vista formal, sino -mucho más importante- desde un punto de vista material, esto es, de forma real y efectiva. En consecuencia, a partir de ese momento, la persona con discapacidad debía tener derecho a ejercer su capacidad jurídica respecto al reconocimiento o no de una filiación, así como a ejercer las acciones de reclamación o impugnación de la filiación que el Código Civil otorga a cualquiera<sup>16</sup>. Tratándose de un derecho de carácter personalísimo<sup>17</sup>, debía garantizarse que la propia persona con discapacidad pudiera ejercitarlo por sí misma y, además, de ser necesario, dotándola de los apoyos precisos, en su caso,

---

<sup>15</sup> La relación de propuestas aparece en Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Subdirección General de Política Legislativa, 2018, Memoria del análisis de impacto normativo. Anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, En: mjusticia.gob.es, Disponible en: [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428900617?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL\\_por\\_la\\_que\\_se\\_reforma\\_la\\_legislacion\\_civil\\_y\\_procesal\\_en\\_materia\\_de\\_discapacidad.PDF](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428900617?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL_por_la_que_se_reforma_la_legislacion_civil_y_procesal_en_materia_de_discapacidad.PDF)

<sup>16</sup> Me refiero únicamente al Código civil, porque al tratarse de una ley estatal, la LAPD no alcanza directamente a las normas sobre filiación existentes en algunas Comunidades Autónomas con competencias civiles, que deberán adaptarse a la CDPD.

<sup>17</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M., SOLE RESINA, J., *Actualización del Derecho de Filiación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 21; ID, *Filiación y potestad parental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 33; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, IV, Familia, 4ª ed., revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, J., Dykinson, Madrid, 2010, pp. 303, 326. SAP Málaga 465/2015, de 23 de julio (TOL5.825.899).

para interponer las correspondientes acciones judiciales de reclamación o impugnación de la filiación.

La filiación se encuentra regulada entre los artículos 108 a 141 CC<sup>18</sup>. La reforma introducida por la LAPD en lo que respecta a las personas con discapacidad presenta, a mi modo de ver, luces y sombras. No todos los artículos del Código Civil relativos a esta materia fueron modificados en profundidad por esa ley y, en la práctica, esto genera ciertas distorsiones con el nuevo sistema, que aparecen no solo entre artículos contradictorios del Código Civil, sino entre algunos artículos de este y otros de otras leyes, como, por ejemplo, la Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV).

Son varias las referencias que se encuentran respecto al momento en que la persona con discapacidad «recupere su capacidad» o «una vez alcanzada la plena capacidad» (ej: artículo 140-3º CC o artículo 26 LJV<sup>19</sup>); u otras que aluden al principio de «mejor interés» de los

---

<sup>18</sup> Regulación muy criticada por la doctrina. Para autores como ALVAREZ GONZALEZ, S., «Gestación por sustitución y Tribunal Supremo español», *Diario La Ley*, nº 10069, 2022, en <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Inicio.aspx>. «La inexistencia de instrumentos adecuados y la necesidad de dar respuesta a los problemas que la realidad plantea hacen que tales respuestas sean de tan mala calidad como la que transparenta la STS» (de 31 de marzo de 2022) y «el régimen de las acciones de filiación chirría». ORTOLA DINNBIER, J. G., «La reproducción asistida en nuestro sistema de filiación: un encaje pendiente», [www.abogacia.es](http://www.abogacia.es), 2022, en materia de filiación estamos utilizando una «deficiente regulación...obligando a los tribunales a legislar», como reconoce la STS nº 45/2022, de 27 de enero (Roj: STS 243/2022 – ECLI:ES:TS:2022:243); respecto a problemas concretos de la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida, CADENAS OSUNA, D., «La determinación de la segunda maternidad por naturaleza en el artículo 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida: requisitos para la aplicación del precepto y problemática que plantea», *Anuario de Derecho Civil*, 2022, pp. 95, 96; para GETE-ALONSO Y CALERA, M., SOLE RESINA, J., *Actualización*, cit., p. 13, la constante mutación de la sociedad actual hacen patente el anacronismo, cuando no la incoherencia o parquedad normativa vigente en materia de filiación y la hacen inoperante. También VERDERA SERVER, R., *La reforma de la filiación. Su nuevo régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 23.

<sup>19</sup> Los artículos 140-3 CC o 26 LJV se presentan como uno más de los resabios del viejo paradigma de la discapacidad que permanecen en el ordenamiento jurídico español tras la reforma y que contradice absolutamente su espíritu. Una interpretación coherente con ésta sería sencillamente entender que el mantenimiento de las personas con discapacidad -por ejemplo, en el art. 26 LJV- se debe a un olvido del legislador o a que la reforma se limitó en este artículo a una mera cuestión terminológica y, sencillamente, debería tenerse por no puesta porque, desde luego, lo que no cabe es pretender que las personas con discapacidad puedan «recobrar capacidad suficiente» (vid. art. 140-3 CC) ya que gozan de ella plenamente, como

menores de edad y de las personas adultas con discapacidad en preceptos que se mantiene anclados en el sistema anterior regulando conjuntamente ambas situaciones (ej: artículos 137 CC o 26 LJV).

Estas distorsiones -que no son las únicas existentes en toda la reforma<sup>20</sup>- son el resultado también de las diferencias en cuanto a composición, visión y metodología del trabajo entre las Secciones Primera y la Quinta de la Comisión General de Codificación (CGC) del Ministerio de Justicia español, que redactaron la parte sustantiva y la parte procesal, respectivamente, del Anteproyecto de Ley<sup>21</sup>, y a la falta de coordinación entre ambas secciones, desde el inicio del proceso de elaboración de la ley.

Por lo demás, la reforma opera desde un punto de vista formal, a través de un cambio de terminología, sustituyendo el término «incapaz», «incapaces» o «incapacidad», por el de «mayores con discapacidad que tuvieran previstas medidas de apoyo» (artículo 112-2º CC; «personas mayores de edad respecto de las que hayan establecido medidas de apoyo» (artículo 121.2º CC); «persona mayor de edad con discapacidad» (artículo 123 CC); «persona con discapacidad con medidas de apoyo» (artículo 137 CC), entre otros; o cambiando expresiones como «recobrar capacidad suficiente» por otra más ajustadas como «desde que se eliminaren las medidas de apoyo que tuviera previstas a tales efectos» (artículo 133 CC), para fijar el inicio del cómputo del ejercicio de la acción de determinación de filiación no matrimonial, por ejemplo.

Además, se produce un desdoblamiento en la mayor parte de los artículos reformados -no en todos<sup>22</sup>- separando en diferentes párrafos

---

indica el Preámbulo de la LAPD.

<sup>20</sup> Artículo 23 LJV, al que más tarde aludiremos.

<sup>21</sup> Aunque el texto inicial fue objeto de diferentes modificaciones a lo largo de su tramitación, su contenido en la parte sustantiva, elaborado por la Sección Primera de la CGC, fue alabado de forma generalizada entre los operadores jurídicos, por adaptarse de forma cabal a la CDPD. Sin embargo, el borrador inicial presentado por la Sección Quinta de la CGC, relativo a la parte procesal, fue objeto de duras críticas, por resultar absolutamente incoherente con la parte sustantiva y, por ende, con la CDPD. Este texto, fue cambiado drásticamente, sin que, a pesar de ello, su redacción final llegase a alcanzar plena coherencia con los textos normativos mencionados.

<sup>22</sup> El artículo 26 LJV, pese a haber sido reformado, mantiene esa regulación conjunta de los menores y mayores con discapacidad, respecto de los cuales alude al momento en que alcancen su plena capacidad; esto se debe a que la reforma solo afectó a la terminología, según lo ordenado en el artículo 7-20-1º LAPD.



la regulación relativa a los menores de la propia de los mayores de edad, atendiendo así a las reivindicaciones planteadas por la sociedad civil y doctrina, a las que antes nos hemos referido.

Desde un punto de vista sustantivo, el nuevo paradigma supone que las personas adultas con discapacidad en España podrán, tras la entrada en vigor de la ley, ejercitar por sí mismas las acciones de filiación: sean de reclamación o de impugnación, reconocer y también consentir o rechazar ser reconocido por quien reclama su paternidad o maternidad, sin necesidad de contar con aprobación judicial posterior<sup>23</sup>, como se exige para los menores de edad. Esta distinción que, en un primer estadio, podría ser aplaudida requiere, sin embargo, de un análisis más pormenorizado pues, lo que inicialmente podría indicar que la propia persona adulta con discapacidad que precisa o tiene ya designadas medidas de apoyo podría ejercer por sí misma y de forma plena las acciones de filiación, -no hemos de olvidar que estamos ante un derecho de carácter personalísimo-, se redacta de una forma un tanto ambigua en los preceptos reformados, como enseguida veremos, por lo que resulta necesario recordar, atendiendo al propio espíritu de la reforma, que la única interpretación que cabe ante eventuales dudas es la que resulte más acorde con la CDPD y con las Observaciones Generales emitidas por el Comité, especialmente, la Observación General Primera. A esa interpretación acorde nos aproximaremos en los siguientes epígrafes.

## **3.2 Filiación y personas con discapacidad**

Centrándonos ya en el tema, las personas con o sin discapacidad pueden encontrarse en diferentes situaciones:

### **3.2.1. Personas que han tenido un hijo al que quieren reconocer**

---

<sup>23</sup> Vid. artículo 23 LJV.

Aunque el reconocimiento de la filiación<sup>24</sup> no supone el ejercicio de una acción de filiación<sup>25</sup>, propiamente dicha, su fin es similar al que se

---

<sup>24</sup> «...el reconocimiento del art.120,1 y concordantes Cc. constituye estructuralmente un acto jurídico consistente en una declaración de ciencia que constituye un medio legal de determinación de la filiación, cuyo efecto (*ex lege*) es el establecimiento formal de la relación de filiación, con eficacia retroactiva al momento del nacimiento en cuanto sea legalmente compatible». LACRUZ BERDEJO, J. L., *op. cit.* p. 325. Para GETE-ALONSO Y CALERA, M., SOLE RESINA, J., *Filiación*, cit., p. 33, «El reconocimiento es la declaración, efectuada por el padre o la madre, mediante la que se revela el hecho de la relación biológica utilizando una determinada forma y cumpliendo con los requisitos que establece la ley, que produce el efecto del establecimiento de la relación (jurídica) de filiación». Al igual que Lacruz Berdejo, estas autoras señalan que, aunque el acto jurídico del reconocimiento implica voluntariedad, el efecto de determinar la filiación no se produce por esta sin por la ley. Según indican «La declaración de reconocimiento es una declaración de ciencia, se manifiesta algo que es, y no de voluntad». Añaden en GETE-ALONSO Y CALERA, M., SOLE RESINA, J., *Actualización*, cit., p. 44, que las formas de reconocimiento son tasadas: el testamento, el documento público y la declaración efectuada ante el Registro Civil. Para el reconocimiento en testamento, recuerdan, sólo son válidas las formas testamentarias que sean documentos públicos y además de tener capacidad para reconocer, es necesario la capacidad para otorgar testamento. Por ello, en relación con las personas con discapacidad, habrá de tenerse en cuenta que el reconocimiento pleno de su capacidad jurídica supone también la del derecho a testar con todas las consecuencias y la imposibilidad de limitar a priori y *ex lege* este derecho, como podía suceder antes de la entrada en vigor de la LAPD. Actualmente, será el Notario quien determine si la persona podrá otorgar o no testamento, pero antes de negarle la posibilidad de hacerlo deberá informarle y, en su caso, permitirle, valerse de los medios de apoyo que pueda precisar para ello. El Notario, tras la reforma, se convierte en un verdadero apoyo institucional para la propia persona con discapacidad, como hemos indicado en TORRES COSTAS, M. E., «Escrituras públicas otorgadas por mujer con demencia. Comentario a la SAP A Coruña de 20 de octubre de 2020», *Foro Galego. Revista xurídica xeral de Galicia*, 2021, pp. 245, 259, y que ya intuíamos en ID, La capacidad jurídica, cit., p. 179, al igual que, con anterioridad, autores como TORRES GARCÍA, T. F., GARCÍA RUBIO, M. P., *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, pp. 80 ss., o NIETO ALONSO, A., «Reseña bibliográfica: Carolina Mesa Marrero. La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales», *Revista de Derecho Civil*, 2018, p. 253, en la reseña bibliográfica relativa a la obra de MESA MARRERO, C., *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*, Wolters Kluwer España, S.A., Hospitalet de Llobregat, 2017, al referirse a la importante labor de asesoramiento del notario como salvaguarda en los actos de otorgamiento de testamento de las personas vulnerables. También ESPÍNEIRA SOTO, I. en «Taller práctico sobre la reforma de ley en materia de Discapacidad. Primera entrega: Introducción y testamentos. (Nuevo artículo 695 CC)», Registradores y Notarios, 2018, Disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina->

pretende a través del ejercicio de una acción de reclamación en la medida en que se trata de medios de determinación de la filiación (art. 120 CC), razón por la cual comienzo por esta figura.

El artículo 121-2 CC se refiere al reconocimiento de la filiación no matrimonial por parte de las personas con discapacidad. La eliminación del término «incapacitado» en este precepto supone la extinción del viejo debate en torno a si aquel término hacía referencia solo a los judicialmente incapaces o también a los incapaces «naturales». Ahora, con el reconocimiento de la capacidad jurídica a todas las personas mayores de edad (o menores emancipados), el debate carece de sentido, afortunadamente. La novedad que incorpora este artículo respecto a las personas con discapacidad es que para la eficacia del reconocimiento ahora no se exige, como antes, la aprobación judicial que sí continúa requiriéndose para los menores, como vemos en el párrafo primero del precepto<sup>26</sup>.

---

notarial/modelos/taller-practico-sobre-lareforma-de-ley-en-materia-de-discapacidad-testamento/, indica que «en el germen de la validez y eficacia de la mayor parte de las instituciones y derechos que se impulsan en la nueva normativa (autocuratela, potenciación del derecho a testar, poderes preventivos) se sitúa el Notario y su función (asesoramiento previo técnico e imparcial, su papel de autoridad receptora de voluntades, su labor conformadora que engloba las tareas de escuchar, indagar, interpretar y adecuar el otorgamiento (la escritura) a la voluntad manifestada fruto de la comunicación con el otorgante y de la diligente observación del entorno en el acto del otorgamiento; la reforma potencia la función notarial, los juicios y valoraciones del notario)». También la jurisprudencia apuntaba a la labor del notario como figura de apoyo antes de la entrada en vigor de la LAPD, entre otras, en la SAP Badajoz, núm. 632/202, 14 de septiembre de 2020 (Roj: SAP BA 916/2020- ECLI:ES:APBA:2020:916).

<sup>25</sup> «Las acciones de filiación son aquéllas que tienen por objeto obtener de los órganos jurisdiccionales un pronunciamiento relativo a la filiación, ya declarándola si no ha quedado determinada de otra manera, o bien negando que lo sea la establecida formalmente. El concepto y el juego de estas acciones se halla, pues, muy relacionado con la determinación de la filiación». *Ibidem*, p.333. Como indica DE LA ROSA FERNANDEZ, R., *La filiación en las parejas homoparentales*, J.M. Bosch Ed., Barcelona, 2020, p. 418, las acciones relativas a la filiación matrimonial son dos: la de reclamación de la filiación matrimonial y la de impugnación de la filiación matrimonial. La primera, tiene por objeto la determinación de una filiación mediante una sentencia judicial, mientras que la de impugnación pretende destruir la atribución de la filiación de una persona, respecto de su padre o madre. En el mismo sentido, GETE-ALONSO Y CALERA, M., SOLE RESINA, J., *Actualización*, cit., p. 45 y, posteriormente, en ID, *Filiación*, cit., pp. 24-28.

<sup>26</sup> En la primigenia versión del Anteproyecto de Ley todavía se preveía la exigencia de este requisito tanto para personas con discapacidad mayores de edad, como para menores, circunstancia que se modificó durante la tramitación parlamentaria hasta

Sin embargo, para las personas adultas con discapacidad se exige la actuación conforme a las medidas de apoyo establecidas voluntaria o judicialmente o, en caso de no existir, la instrucción de un expediente de revisión «de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas para completarlas a este fin»<sup>27</sup>. El requisito no es de eficacia, sino de validez por lo que, de no estarse a lo que las medidas dispongan, el reconocimiento efectuado no sería vinculante.

Una interpretación acorde con el espíritu de la LAPD y, por ende, con los artículos 12 y 23 CDPD nos obliga a entender que la intención del legislador, al referirse a la necesidad de estarse a lo que las medidas de apoyo prevean y a la obligación de instar un procedimiento «de revisión» de medidas judiciales, si estas no existiesen, es que las nuevas medidas solo podrán adoptarse si ello responde a la voluntad real de la persona con discapacidad concernida. Su establecimiento cumpliría así con los mandatos derivados del artículo 12-3 y 4 de la Convención pues, por una parte, las nuevas medidas constituirían el apoyo necesario para que la persona pudiera ejercitar su capacidad jurídica para el reconocimiento de la filiación y, por otra, serían una salvaguarda para el ejercicio del reconocimiento de la filiación libre de abusos e influencias indebidas.

En nuestra opinión, esta sería la única interpretación posible, incluso de admitir que el expediente de «revisión» o, en su caso de «provisión de apoyos» al que deriva el apartado 2 del artículo 121 CC hubiera de tramitarse preceptivamente (recordemos que el requisito no es de eficacia, sino de validez).

En efecto, el imperativo deber de tramitación de ese expediente no ha de llevar al obligado resultado de que en dicho procedimiento se acuerde ninguna medida contraria a la voluntad, deseos y preferencias de la persona concernida; ni siquiera a que se adopte ningún apoyo. Puede que incluso este exista de una manera informal a través de guarda de hecho suficiente y, en la medida en que la persona con discapacidad lo consienta, hábil también para realizar la función de

---

llegar a la situación actual, que establece requisitos distintos para los menores y para los mayores de edad con discapacidad. Cfr. Art. 23 LJV.

<sup>27</sup> Artículo 121-2 CC: “Para la validez del reconocimiento otorgado por personas mayores de edad respecto de las que hayan establecido medidas de apoyo se estará a lo que resulte de la resolución judicial o escritura pública que las haya establecido. Si nada se hubiese dispuesto y no hubiera medidas voluntarias de apoyo, se instruirá la correspondiente revisión de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas para completarlas a este fin”.

apoyo, reforzando la idea de que la guarda de hecho es una institución voluntaria<sup>28</sup>, porque solo puede existir porque la persona con discapacidad lo consiente, aunque sea de manera tácita.

Las eventuales medidas que se pudieran acordar, en su caso, quedarían siempre sometidas a los principios generales recogidos en el artículo 249 CC. Nos referimos a los principios de necesidad, proporcionalidad, subsidiariedad y, por encima de todos ellos, el principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona haciendo un esfuerzo considerable por conocerlos y, si resultase preciso, una reinterpretación de su voluntad, atendiendo a su trayectoria de vida, valores y creencias (artículo 249-3 CC).

De respetarse estos principios en el expediente de revisión obligado, las medidas de apoyo judicialmente acordadas, en su caso, responderían a la voluntad, deseos y preferencias de la persona y, por lo tanto, no serían rechazadas por esta que, en definitiva, llevaría a cabo el reconocimiento de filiación con los apoyos queridos.

Si, por el contrario, en el expediente de «revisión» o de «provisión» de apoyos, quedase claro que la negativa de la persona a recibir apoyos, la autoridad judicial no debería imponerlos, salvo que allí quedase acreditado que la voluntad manifestada contradice su voluntad real debidamente probada, siguiendo el cauce indicado en el artículo 249-3 CC. Admitir lo contrario supondría admitir igualmente la posibilidad de cercenar su capacidad de obrar y el motivo de ello sería, precisamente, su condición de discapacidad, lo cual contraría lo dispuesto en la Observación General Primera del Comité y también el espíritu de la LAPD que, como hemos dicho, sigue su estela.

El párrafo segundo del artículo 121 CC habla de expediente de «revisión», luego parece que requiere de la existencia de unas medidas judiciales previamente designadas, que son las que habrán de revisarse por no prever las ya existentes el apoyo para el ejercicio del reconocimiento de la filiación.

---

<sup>28</sup> En palabras de CALAZA LOPEZ, S., « Incógnitas procesales persistentes en el nuevo escenario sustantivo de la discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, 2022, pp. 56-57, nota<sup>10</sup> a pie de página: «la guarda de hecho -en la medida en que mantenga esta «ajenidad al Derecho», esto es, entre tanto no se judicialice más que para obtener alguna aislada autorización o deba ser finiquitada y suplantada por haber saltado los «controles» de la buena praxis ante una demanda de provisión de apoyos que así lo acredite- es la más voluntaria y la más informal de todas las medidas de apoyo».

El precepto también contempla la posibilidad de que la persona no hubiese otorgado medidas voluntarias («y no hubiera medidas voluntarias de apoyo»), pero no alude a la posibilidad de que las hubiera otorgado sin prever ningún apoyo específico para esta situación concreta, en cuyo caso podría interpretarse que no las quiere o que no las ha previsto por no contemplar la posibilidad de reconocimiento de su filiación y, por ende, su necesidad para este supuesto. En este último caso, nada impediría, en principio, que otorgase nuevas medidas voluntarias para «completar» las anteriores. Podría ocurrir, como se ha dicho, que la persona prescindiese de esta última posibilidad por contar también con una guarda de hecho suficiente a tal fin y, por tanto, no ser necesario el otorgamiento de nuevas medidas ante Notario. También podría suceder que, en caso de querer hacerlo, el fedatario público considerase que la persona no tuviese capacidad suficiente para otorgar la escritura pública, en cuyo caso solo cabría la posibilidad de que la «revisión» de las medidas para completar las voluntariamente otorgadas con anterioridad se llevasen a cabo judicialmente, a través del repetido expediente de revisión<sup>29</sup>. En cualquier caso, resulta incuestionable, por las razones expuestas anteriormente, que las nuevas medidas solo podrán otorgarse si responden al superior criterio de respeto a su voluntad, deseos y preferencias consagrado en el artículo 249-3 CC.

Cabe también preguntarnos sobre las consecuencias de no completar las medidas voluntarias o judiciales anteriores, esto es, si el eventual reconocimiento de filiación no matrimonial que llevase a cabo la persona con discapacidad que tuviese una medida de apoyo informal (guarda de hecho) o medidas de apoyo voluntarias designadas, pero no específicamente previstas para esta situación, sería válido. En coherencia con lo expuesto en los apartados precedentes, entendemos que sería perfectamente válido y eficaz si la voluntad real y decidida de la persona con discapacidad concernida fuera la de reconocer la filiación; exactamente igual que si la persona concernida no presentase discapacidad. Entender lo contrario supondría admitir, de nuevo, una discriminación basada exclusivamente en el hecho de la discapacidad.

---

<sup>29</sup> Que, en realidad, sería un procedimiento nuevo de provisión de medidas judiciales de apoyo para el reconocimiento de la filiación.

Cosa distinta sería que la persona precisase de apoyos para llevar a cabo el reconocimiento y los quisiese o no quedase claro este último deseo. En este caso, a tenor de lo previsto en el artículo 249-3 CC habría de llevarse a cabo una reinterpretación de su voluntad. Si después de esto se desprendiese de su voluntad real o reinterpretada que efectivamente hubiese deseado contar con los referidos apoyos deberían serle designados y el reconocimiento realizarse atendiendo a lo previsto en esas nuevas medidas. De no estarse a lo que las medidas dispusiesen o de prescindirse de estas en contra de la voluntad real o hipotética de la persona concernida, el reconocimiento efectuado no sería vinculante.

Hemos de descartar, por lo tanto, cualquier tentativa de interpretar el párrafo segundo del artículo 121 CC en el sentido de admitir la preceptiva imposición de medidas de apoyo para el reconocimiento de la filiación en contra de la voluntad de la persona con discapacidad. Cualquier imposición de apoyos no basada en su voluntad contradice el espíritu de la CDPD y de la propia LAPD que busca, primeramente, que la persona con discapacidad ejerza su capacidad jurídica por sí misma y, solo si lo desea y necesita, cuente con los apoyos precisos para poder ejercer sus derechos, también en esta materia, en igualdad de condiciones con los demás. La CDPD obliga a los Estados a proveer de estos apoyos, pero no a que las personas con discapacidad los utilicen imperativamente. Es más, la Observación General Primera del Comité, seguida por la LAPD, impone expresamente a los Estados la obligación de modificar sus legislaciones internas para garantizar el Derecho a rechazar los apoyos, a dejar de usarlos o a sustituirlos por otros<sup>30</sup>. En cumplimiento de estas directrices, no cabe una interpretación del artículo 121-2 CC que lleve a imponer medidas de apoyo obligatorias a las personas con discapacidad que deseen reconocer una filiación.

Aunque esta posibilidad parece la más acorde con los preceptos 12 y 23 CDPD invocados y con el espíritu de la LAPD, la realidad, tras un año de entrada en vigor de la reforma introducida por esta ley,

---

<sup>30</sup> «...los sistemas de apoyo para la adopción de decisiones no deben regular en exceso la vida de las personas con discapacidad. Aunque esos regímenes pueden adoptar muchas formas, todos deben incluir determinadas disposiciones esenciales para asegurar el cumplimiento del artículo 12 de la Convención, entre ellas las siguientes: g) La persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento». CRPD/C/GC/1, párr.29, págs. 7 y 8.

evidencia que la jurisprudencia menor, siguiendo la línea marcada por la Sentencia del Tribunal Supremo en Pleno nº 589/2021, de 8 de septiembre ha optado por dictar resoluciones que, en la práctica, suponen la imposición de medidas de apoyo en contra de la voluntad de la propia persona con discapacidad<sup>31</sup>, vulnerando así su derecho a tomar sus propias decisiones con trascendencia jurídica o, lo que es lo mismo, su derecho al pleno ejercicio de su capacidad jurídica<sup>32</sup>.

En todo caso, las personas somos cambiantes por lo que, de haberse acordado, la aplicación de la medida de apoyo debe ser inmediata, especialmente si lleva aparejadas funciones representativas, a fin de evitar que, en el momento de llevarse a cabo el reconocimiento de filiación, la voluntad real de quien recibe el apoyo haya cambiado y la medida ya no sea coherente con ella. Para este tipo de situaciones, resulta crucial el establecimiento de un plazo lo más ajustado posible de vigencia y revisión y, en todo caso, debiera establecerse que, tras el reconocimiento de la filiación con la medida de apoyo, esta se extingue.

El otro gran medio de determinación de la filiación lo constituye la sentencia firme resultante del ejercicio de la acción de reclamación (art. 120.3 CC)<sup>33</sup>.

Lo primero que nos cuestionamos al respecto es si, tras la reforma introducida por la LAPD, la acción de reclamación puede ser interpuesta directamente por la propia persona con discapacidad, esto

---

<sup>31</sup> Lo cual resultaba predecible desde que el Tribunal Supremo dictó esa primera sentencia aplicando la LAPD, en la que justamente se pronunciaba de forma expresa admitiendo la posibilidad de imponer las medidas de apoyo en contra de la voluntad de la persona en determinadas situaciones (se trataba de un caso en el que la persona concernida presentaba un síndrome de Diógenes y se negaba a limpiar su casa). Siguen esta misma línea jurisprudencial la Sentencia nº 912/2021 Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz, de 16 de noviembre de 2021 (ECLI:ES:APVI:2021:1241), Sentencia Audiencia Provincial de Toledo nº 53, de 14 de marzo de 2022, (ECLI:ES:APTO:2022:560) o la Sentencia Audiencia Provincial de Salamanca nº 393, de 13 de mayo de 2022 (ECLI:ES:APSA:2022:424), entre otras muchas.

<sup>32</sup> GARCIA RUBIO, M. P., TORRES COSTAS, M., *op. cit.*, pp. 279-334.

<sup>33</sup> «La determinación de la filiación se produce judicialmente en todos aquellos casos en los que aquella es consecuencia de una resolución dictada en un procedimiento...La determinación judicial de la filiación se produce mediante sentencia firme derivada de un proceso civil o penal y en estos supuestos el medio de determinación de la filiación es la propia sentencia»: GETE-ALONSO Y CALERA, M., SOLE RESINA, J., *op. ult. cit.*, p. 44.



es, prescindiendo de los apoyos que, en su caso, pudiera necesitar. Una interpretación conforme con el espíritu de la Ley y en consonancia con la CDPD y con la OG 1ª de su Comité solo admite, en principio, una respuesta afirmativa. Es más, si atendemos a lo previsto en los nuevos artículos 7 bis de la LJV y de la LEC<sup>34</sup>, introducidos por la meritada LAPD (a los que nos volveremos a referir más adelante) resulta obligado que se garantice a las personas con discapacidad que lo precisen todos los ajustes de procedimiento para que puedan intervenir en el procedimiento en condiciones de igualdad con los demás litigantes y para que puedan entender y ser entendidos en el procedimiento judicial. Por lo tanto, parece que nada debería obstar para que, si la persona con discapacidad decide interponer una acción judicial de reclamación de filiación, pueda hacerlo sin contar para ello con los apoyos que, en su caso, tuviese designados de forma voluntaria o judicial.

Cosa distinta es si, una vez interpuesta la acción de reclamación de filiación, podrían serle impuestos los ajustes de procedimiento a los

---

<sup>34</sup> La redacción de ambos artículos 7 bis de la LAJ y de la LEC, coincidentes en numeración, es también idéntica y del siguiente tenor literal:

Artículo 7 bis. «Ajustes para personas con discapacidad.

1. En los procesos a los que se refiere esta Ley en los que participen personas con discapacidad se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad.

Dichas adaptaciones y ajustes se realizarán, tanto a petición de cualquiera de las partes o del Ministerio Fiscal, como de oficio por el propio Tribunal, y en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación. Las adaptaciones podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno.

2. Las personas con discapacidad tienen el derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo. A tal fin:

a) Todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

b) Se facilitará a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

c) Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida.

d) La persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios».

que se refiere el artículo 7 bis LJV y LEC. En este sentido, conviene recordar que nos encontramos ante una norma procesal; por lo tanto, de carácter imperativo por afectar al orden público y, por ende, de carácter indisponible. El precepto indica que este tipo de apoyos o ajustes deben ser proporcionados a instancia de parte, pero también del Ministerio Fiscal o de oficio, luego parece que, en este caso, si la autoridad judicial lo estimase procedente, los ajustes de procedimiento podrían acordarse incluso en contra de la voluntad del litigante con discapacidad. Se trataría, en este caso, de una salvaguarda legal que encontraría su fundamento en el propio artículo 12-4 CDPD y también en el artículo 13-1 del Tratado<sup>35</sup> que obliga a los Estados a garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás.

Sin embargo, estas adaptaciones o ajustes procesales no deben ser confundidos en ningún caso, con los apoyos para la toma de decisión en cuanto a la interposición de la acción, esto es, para el ejercicio de su capacidad jurídica respecto a la reclamación de la filiación. Con ello queremos decir que si una persona contase con un guardador de hecho o tuviese designado voluntaria o judicialmente un curador o un defensor judicial, podría prescindir de estos para presentar la correspondiente demanda de reclamación de filiación; sin embargo, no podría renunciar a adaptaciones procesales como variaciones en los tiempos procesales, modos de toma de declaración, utilización de lenguaje sencillo, adopción de medidas técnicas o, al nombramiento de un facilitador o incluso de un defensor judicial para que le asista durante el procedimiento, si la autoridad judicial considerase que esto es necesario para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) del litigante con discapacidad. En todo caso, la adopción de estas medidas deberá ser suficientemente razonada, responder a los fines del artículo 13 CDPD y, en ningún caso, adoptarse de forma paternalista ni discriminatoria por el hecho de la discapacidad.

En segundo lugar, nos preguntamos ahora si sería posible que quien presta el apoyo para el ejercicio de la acción de reclamación de

---

<sup>35</sup> Art. 13-1 CDPD. «Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares».

filiación se negase a que la persona asistida ejercitase la citada acción. La respuesta ha de ser negativa pues quien presta apoyos no puede sustituir la voluntad, sino que su papel es orientar, aconsejar, asesorar, acompañar, etc, para que la concernida pueda decidir por sí misma, pero no puede limitar, anular, ni siquiera «complementar» -aunque el apoyo sea una curatela- su capacidad porque, como indica el Preámbulo de la Ley 8/2021, «las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos». La igualdad propugnada por esta ley supone la asunción del derecho de las personas con discapacidad a equivocarse y la defensa de «la dignidad del riesgo» reclamada por las propias personas con discapacidad, sin perjuicio de adoptar las salvaguardas que sean precisas ante abusos o influencias indebidas. Estas salvaguardas en absoluto deben equipararse a limitación o privación de derechos de las propias personas con discapacidad, sino que deberán, en todo caso, proyectarse sobre los terceros que ejercen dichos abusos o influencias indebidas.

Si la medida de apoyo designada a este fin consiste en una curatela, conviene diferenciar la curatela actual -sea asistencial, sea representativa- de la curatela anterior a la entrada en vigor de la LAPD. La vigente curatela no «complementa» la falta de capacidad -pues ahora todos tenemos plena capacidad- a diferencia de lo que sucedía con la anterior<sup>36</sup>. La antigua falta de complemento de

---

<sup>36</sup> Ya en TORRES COSTAS, M. E., *La capacidad jurídica*, cit., p. criticábamos el mantenimiento de la antigua terminología por parte del legislador tras la reforma introducida por la ley porque entendíamos que esto podía hacer pensar, entre otras cosas, que la nueva curatela sería exactamente igual a la vieja curatela; sin embargo, como indicamos entonces y en la misma línea GARCIA RUBIO, M. P., *Contenido y significado*, cit., pp. 45-62, el hecho de utilizar las mismas palabras no significa que la institución sea la misma; ni siquiera parecida. La antigua curatela suponía, en primer lugar, la previa tramitación de un procedimiento de incapacitación o, en terminología más reciente, de modificación de la capacidad, que terminaría con una limitación de la capacidad jurídica (antes capacidad de obrar); el nombrado curador «complementaria» esa falta de capacidad del curatelado al que debería asistir imperativamente en el momento de llevar a cabo los actos para los que se le hubiese designado esta figura. De faltar el curador, el acto no se podría ejecutar o, de hacerlo, podría devenir nulo. Esto, en la curatela actual resulta impensable, pues, como hemos indicado, el curador es un mero asistente o, excepcionalmente, un representante, que debe asesorar u orientar y actuar atendiendo siempre a la voluntad de la persona, incluso aunque se oponga a la suya propia. No complementa ninguna falta de capacidad, porque todas las personas tenemos

capacidad hacía imposible que quien estuviese sometido a curatela realizase un acto por sí mismo si para ello tenía designado un curador. Actualmente, como decimos, el curador asiste o representa, pero no complementa, ni siquiera en los supuestos de representación, que no ha de equipararse a sustitución. Por ello, ahora el curador no puede decidir ni directa ni indirectamente sobre el ejercicio de la acción; la decisión corresponde a la persona a quien asiste o, excepcionalmente, representa y la función del curador será solo prestarle apoyo para que, si así lo ha querido, pueda hacerlo. Por lo tanto, la negativa del curador prestador de apoyos para el ejercicio de la acción de reclamación de filiación a presentar la oportuna demanda judicial de reclamación de paternidad constituye, cuando menos, un incumplimiento de sus funciones que podría, incluso, llegar a considerarse un verdadero abuso sobre la persona a quien asiste. De ahí la importancia de fijar salvaguardas por parte del juez que garanticen que el prestador de apoyos respetará la voluntad de la persona asistida en estos casos también.

Un último apunte, antes de cerrar este epígrafe, conviene para aclarar que, en el ejercicio de esta acción, cuando el prestador de apoyo acompañe o represente a la persona que quiere y precisa de su asistencia, no deberá para ello solicitar ningún tipo de autorización ni aprobación judicial en contra de lo que mantiene todavía el vigente artículo 23 LJV<sup>37</sup> que solo fue modificado por la reforma introducida

---

derecho ahora a la plena capacidad jurídica, incluidas las personas con discapacidad y, dentro de estas, aquellas con discapacidad intelectual o psicosocial. También MAGARIÑOS BLANCO, V. «Comentarios al Anteproyecto de Ley para la Reforma del Código Civil», *Revista de Derecho Civil*, Registradores y Notarios, 2018, pp. 199-225; o PORXAS ROIG, M. A., «Análisis de la conformidad de la "nueva curatela" al modelo de apoyo a las decisiones» en FLORES, M. (Coord.), MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L. (Dir.), MIRANDA ERRO, J. (Dir.), *Avanzando en la inclusión. Balance de logros alcanzados y agenda pendiente en el derecho español de la discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2019, p. 460, criticaban el mantenimiento de la terminología ya en fase de tramitación de la LAPD.

<sup>37</sup> Artículo 23. «Ámbito de aplicación.

1. Se aplicarán las disposiciones de este capítulo en todos los casos en que, conforme a la ley, el reconocimiento de la filiación no matrimonial necesite para su validez autorización o aprobación judicial.
2. Se presentará solicitud instando autorización judicial para el otorgamiento del reconocimiento de la filiación no matrimonial del menor o de la persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica por quien sea hermano o consanguíneo en línea recta del progenitor cuya filiación esté determinada legalmente.

por la LAPD, en cuanto a su terminología, para reemplazar el término «persona con la capacidad modificada judicialmente», por el de «persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica», en virtud de lo establecido en el artículo 7-20-1º LAPD, relativo a la sustitución generalizada de términos en la LJV<sup>38</sup>. Pues bien, el mantenimiento de la redacción del artículo 23 en estos términos entra en colisión con lo establecido en el reformado artículo 121 CC que, como hemos visto anteriormente, eliminaba justamente estos requisitos para el reconocimiento efectuado por las personas con discapacidad con medidas de apoyo. En todo caso, el apartado primero del referido artículo 23 LJV, en concordancia con el nuevo artículo 121 CC, excluye la aplicación de los demás párrafos del citado artículo 23 LJV cuando la acción es ejercitada por una persona con discapacidad provista de medidas apoyos<sup>39</sup>.

### **3.2.2. Hijos adultos con discapacidad que van a ser reconocidos, para lo cual deberán prestar o negar el consentimiento**

La LAPD también introdujo alguna modificación respecto del reconocimiento de una persona mayor de edad con discapacidad. Así, al artículo 123 CC se le añadió un segundo párrafo que establece que el consentimiento para la eficacia del reconocimiento de la persona

---

3. Se solicitará aprobación judicial para la eficacia del reconocimiento de la filiación no matrimonial de un menor o persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica otorgado:

- a) Por quien no pueda contraer matrimonio por razón de edad.
- b) Por quien no tenga el consentimiento expreso de su representante legal o la asistencia del curador del reconocido ni del progenitor legalmente conocido, siempre que no hubiera sido reconocido en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento.
- c) Por el padre, cuando el reconocimiento se hubiera realizado dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento y cuando ésta se hubiera suspendido a petición de la madre.

4. También se instará la aprobación judicial para la validez del reconocimiento no matrimonial por una persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica».

<sup>38</sup> Al igual que sucedió con el artículo 26 LJV al que también nos hemos referido con anterioridad.

<sup>39</sup> He aquí un nuevo ejemplo de la descoordinación entre la parte sustantiva y procesal de la reforma introducida por la LAPD.

mayor de edad con discapacidad se prestará por ella misma, de manera expresa o tácita, con los apoyos que requiera para ello. Se indica que, en caso de que exista resolución judicial o escritura pública que haya establecido medidas de apoyo, se estará a lo allí dispuesto, con lo que nuevamente resurge la sombra de la posible imposición de medidas de apoyo en contra de la voluntad de la persona con discapacidad. Obviamente, la respuesta debe seguir la misma que en el supuesto desarrollado en el epígrafe anterior, esto es, la imposibilidad de imposición de medidas de apoyo contrarias a la voluntad de la persona concernida.

Algún autor<sup>40</sup> ha manifestado que el segundo párrafo del artículo 123 CC contiene una regla general y una excepción: la regla general, que la persona con discapacidad mayor de edad debe consentir su propio reconocimiento; la excepción, que esto no será así cuando tenga designadas medidas de apoyo. En realidad, creo que esto expresado de este modo, no resulta exacto, pues podría pensarse que, en este último caso, la propia persona con discapacidad no podrá consentir por sí misma y no debemos olvidar que estamos ante un derecho de carácter personalísimo.

En mi opinión, la existencia de medidas de apoyo no impide que si, llegado el momento, puede y quiere consentir directamente, incluso con los apoyos que precise, pueda hacerlo; pero, y aquí se encontraría la excepción, si no pudiera o quisiera hacerlo por sí misma y estuviese dotada de medidas de apoyo a tal fin, quien la representase en ese caso concreto, podría emitir consentimiento en nombre de la concernida, siempre que ese consentimiento responda y respete escrupulosamente la voluntad, deseos y preferencias de esta.

Desaparece aquí también la antigua exigencia de contar con aprobación judicial. Se suprime la intervención judicial para otorgar eficacia al consentimiento. Ahora, esta se limitaría exclusivamente a la designación de medidas de apoyo si la persona con discapacidad no las tuviese de naturaleza voluntaria formal o informal, si se precisasen a este fin, y a la revisión de tales medidas y sobre esta cuestión nos remitimos a lo expuesto en el epígrafe precedente.

---

<sup>40</sup> BATUECAS CALETRIO, A., «Comentarios al artículo 123 CC» en GARCIA RUBIO, M. P., MORO ALMARAZ, M. J. (dirs.), *Comentarios a la ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, Aranzadi S.A.U., Cizur Menor, 2022, p. 146.

### 3.2.3. Personas con discapacidad que quieren impugnar una filiación reconocida o atribuida

La acción de impugnación de la paternidad viene regulada en los artículos 136 y siguientes del Código Civil<sup>41</sup>.

El artículo 136 CC se refiere a la impugnación de la paternidad por parte del marido, indicando que tendrá el plazo de un año desde la inscripción en el registro, salvo para los casos en que desconociese el nacimiento o la falta de paternidad biológica, en cuyo caso, el inicio del cómputo se trasladaría al momento en que tuviera conocimiento de tales hechos<sup>42</sup>. La acción podría ser ejercitada por sus herederos por el tiempo que faltase hasta completar el año.

---

<sup>41</sup> «En la acción de impugnación se pretende la determinación negativa de la filiación, es decir, la obtención de una sentencia en la que se declare o bien que la filiación que consta no es veraz (impugnación en sentido estricto) o la anulación del título que sirvió para fijarla (impugnación del reconocimiento)»: GETE-ALONSO Y CALERA, M., SOLE RESINA, J., *op. ult. cit.*, p. 57. Antes, RIVERO HERNADEZ, F., «Los reconocimientos de complacencia (Con ocasión de unas sentencias recientes)», *Anuario de Derecho Civil*, 2005, p. 1108, nota<sup>93</sup> a pie de página muestra las diferencias reales y normativas entre la acción de impugnación de paternidad (artículos 136, 137 y 140 del CC y la acción de nulidad del reconocimiento (artículo 141 CC) resumiendo los que considera los puntos más importantes: a) Legitimación activa: frente al régimen distinto y limitada legitimación de los artículos 136, 137 y el 140 en cuanto a la impugnación de paternidad (a cuya posible inconstitucionalidad aludí), están legitimados para ejercitar la acción de nulidad del reconocimiento todos los que tengan en ello un interés legítimo (cfr. art. 74, para la nulidad del matrimonio). Sería razonable una futura aproximación a ese respecto. b) Legitimación pasiva: en la acción de impugnación de filiación habrá que atenerse a lo dispuesto en el artículo 766 LEC; en el caso de la acción de nulidad absoluta deben ser demandados todos los afectados por la declaración de nulidad.

c) Plazo de ejercicio de la acción: sería imprescriptible el de nulidad del reconocimiento, y sometida a los plazos de caducidad conocidos (con la interpretación jurisprudencial reciente) la de impugnación.

<sup>42</sup> Texto introducido por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia tras haber sido declarado inconstitucional el primer párrafo del artículo, en cuanto comportaba que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empezaba a correr, antes de la reforma introducida por esta ley, aunque el marido ignorase no ser el progenitor biológico de quien hubiera sido inscrito como hijo suyo en el Registro Civil (sentencias del Tribunal Constitucional 138/2005, de 26 de mayo de 2005 y 156/2005, de 9 de junio de 2005), siendo ésta la principal razón de la reforma, tal como se indica en el apartado III de la propia Ley 26/2015. En todo caso, para apreciar la caducidad se exige la inscripción en el Registro pues, en tanto en cuanto esta no figure no comenzará a computar el plazo general del año, tal como recoge la SAP Castellón 28/2015, de 29 de enero (TOL 4.800.337).

Este artículo no fue reformado por la LAPD y en él no se hace referencia alguna al caso en que el marido fuese una persona con discapacidad que precisase medidas de apoyo. En estos casos, consideramos que, en aplicación de lo previsto con carácter general en los artículos 249 y siguientes del Código Civil, y en coherencia con el resto de la regulación relativa a la filiación, particularmente la que sigue en esta misma sección del CC, así como en los artículos 7 bis LJV y LEC -sobre los que nos detendremos más adelante-, la acción podría ejercitarse con los apoyos que el marido precisase a tal fin.

El artículo 137 CC<sup>43</sup> sí fue objeto de reforma, pero su defectuosa redacción genera también importantes dudas interpretativas. Este artículo hace referencia a la impugnación de la paternidad por parte del hijo o de quien lo represente.

La reforma del precepto reside, en primer lugar, en la supresión de toda referencia a la extinta incapacitación judicial, lo que resulta coherente con el espíritu de la reforma.

Sin embargo, nuevamente nos encontramos aquí con resabios del sistema anterior, pues se vuelve a unir la regulación de los menores de edad con la de los mayores de edad con discapacidad, perpetuando el denostado modelo paternalista anterior.

---

<sup>43</sup> Artículo 137. 1 CC: «La paternidad podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación.

Si fuere menor o persona con discapacidad con medidas de apoyo, para impugnarla, el plazo del año se contará desde la mayoría de edad o desde la extinción de las medidas de apoyo.

El ejercicio de la acción en interés del hijo que sea menor corresponderá, asimismo, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, a la madre que ostente la patria potestad, a su representante legal o al Ministerio Fiscal.

Si se tratare de persona con discapacidad, esta, quien preste el apoyo y se encuentre expresamente facultado para ello o, en su defecto, el Ministerio Fiscal, podrán, asimismo, ejercitar la acción de impugnación durante el año siguiente a la inscripción de la filiación.

2. Si el hijo, pese a haber transcurrido más de un año desde la inscripción en el registro, desde su mayoría de edad o desde la extinción de la medida de apoyo, desconociera la falta de paternidad biológica de quien aparece inscrito como su progenitor, el cómputo del plazo de un año comenzará a contar desde que tuviera tal conocimiento.

3. Cuando el hijo falleciere antes de transcurrir los plazos establecidos en los párrafos anteriores, su acción corresponderá a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos.

4. Si falta en las relaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo por el hijo o sus herederos».



El artículo establece la legitimación activa para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad otorgándosela, en los diferentes apartados de su párrafo primero, a la propia persona con discapacidad, pero también a quien le preste apoyo o, en último lugar, al Ministerio Fiscal.

No se prevé para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad de la persona con discapacidad que precise de medidas de apoyo la obligación de tramitar un expediente para el caso de que no tuviese designadas medidas *ad hoc* para ello, como sucede en el caso de reconocimiento de filiación, sino que, como reiteraremos más adelante, si la persona no dispusiese de tales medidas o quien preste apoyo no interpusiese la acción, la legitimación activa se otorgaría directamente al Ministerio Fiscal.

El artículo 137-1-1º CC marca la regla general, al establecer que «la paternidad podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación».

El artículo 137-1-2º CC regula dos excepciones a esa regla general al referirse a los menores de edad y, seguidamente a las personas con discapacidad con medidas de apoyo. Respecto al menor, amplía el plazo de interposición de la acción, al fijar el inicio del cómputo de la acción en el día en que cumpla la mayoría de edad. Por lo que concierne a las personas adultas con discapacidad, también amplía el inicio del cómputo de este plazo al momento en que las medidas de apoyo se extingan.

La cuestión es por qué, tras la reforma, se otorga este tratamiento «especial» a la persona con discapacidad adulta que tiene atribuidas medidas de apoyo; si está dotada de ellas, no tendría sentido permitir que el inicio del cómputo del plazo se fije en el momento en el que estas dejen de ser eficaces. No obstante, existen varias razones que podrían justificar la solución del legislador:

- Podría deberse al ánimo del legislador de proteger de forma especial a las personas con discapacidad, al igual que hace con los menores. Esta interpretación apuntaría a una postura continuista con el paternalista modelo anterior, lo cual contradiría el espíritu de la reforma pues, el reconocimiento de la plena capacidad jurídica y la dotación de los apoyos para su ejercicio supone, como contrapartida, el ejercicio del derecho con las mismas reglas del juego que todos los demás. Los apoyos sitúan en el mismo plano de igualdad a todas las personas, luego nada

justificaría la sobreprotección de las personas con discapacidad dotadas de ellos.

– Otra interpretación posible sería admitir que el legislador añade esta segunda posibilidad para el caso de que la persona tuviera atribuidas medidas de apoyo, pero no específicas para este fin y no se hubiera promovido procedimiento para completar las ya existentes (voluntarias o judiciales), tal y como prevé el artículo 121-2 CC para el reconocimiento de la filiación. Esto sería coherente, además, con la previsión que establece el apartado tercero de este mismo párrafo que, al referirse a las medidas de apoyo, alude a las que expresamente facultan para el ejercicio de esta acción, detalle que no figura en el apartado dos del párrafo 1 que estamos comentando.

– Una última interpretación sería que la fijación del inicio del cómputo estuviera pensada para los casos en que la persona tuviese medidas de apoyo, pero, pese a ello, quien prestase ese apoyo no asistiese a la persona para que esta impugnase la paternidad por sí misma.

En definitiva, la redacción del precepto resulta bastante defectuosa y confusa por lo que da mucho margen a la especulación interpretativa.

Si los apartados 1 y 2 del párrafo primero del artículo 137 CC se refieren a la impugnación de la paternidad por el hijo en su propio nombre, el apartado 3, alude a la impugnación de la paternidad «en interés» del hijo menor de edad, otorgando legitimación activa, en este caso, a la madre del menor que ostente la patria potestad, a su representante legal o al Ministerio Fiscal.

Por último, el apartado 4 del párrafo 1 del artículo 137 CC resulta el más confuso de todos pues, otorga expresamente legitimación activa para interponer esta acción: a la propia persona con discapacidad, a quien le preste apoyo «encontrándose expresamente facultado para ello» o, en su defecto, al Ministerio Fiscal, estableciendo como fecha de inicio del ejercicio de la acción el general (artículo 137-1-1º CC) de un año desde la inscripción en el registro de la filiación.

Respecto a quienes presten apoyo y al Ministerio Fiscal, el apartado 4 no presenta ningún problema, el plazo señalado para ejercitar la acción será el general de un año desde el momento de la inscripción en el registro, pues no tendría ningún sentido que estos legitimados activos se apartasen de la norma estándar del párrafo 1-1º, ya que el

apoyo designado a tal fin o, en su caso, el Ministerio Fiscal asumiendo la legitimación activa colocaría a la persona con discapacidad en las mismas condiciones que si no presentase discapacidad, por lo tanto, el tratamiento deberá ser el genérico en este supuesto.

El problema surge con la incorporación en este mismo apartado 4 del párrafo primero del artículo 137 de la palabra «esta» para otorgar legitimación a la propia persona con discapacidad, pues si a «esta» se le aplica el plazo que igualmente opera para las personas sin discapacidad, para las prestadoras de apoyo y para el Ministerio Fiscal, un año desde la inscripción de filiación, la norma aquí recogida entra en colisión con el apartado 2 del párrafo primero que, como se ha dicho, fija como fecha de inicio del cómputo el momento en que las medidas se extingan.

Con el fin de dar coherencia a todo el artículo, se nos ocurre que este apartado 4 del párrafo primero del artículo 137 CC, se aplicaría a los casos en que la propia persona puede impugnar la paternidad por sí misma, porque se encuentra en condiciones de hacerlo y, por tanto, se le aplicaría el plazo general de un año a contar desde la inscripción al que también se refiere el apartado 1 del párrafo 1. El apartado 2 del mismo párrafo se referiría a los casos en que la persona no pudiera ejercitar la acción por sí misma, sino que necesitase para ello de medidas de apoyo y estas, aun pudiendo hacerlo, no hubieran interpuesto la acción; o, para los casos en que las medidas de apoyo con que contase la persona no fuesen suficientes y no se hubiese instado la revisión por quien estuviese facultado para hacerlo.

### **3.2.4. Impugnación de la paternidad por vicio del consentimiento**

La paternidad podrá ser impugnada también por quien hubiese reconocido una filiación mediando un vicio del consentimiento<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> RIVERO HERNADEZ, F., *op. cit.*, p. 1074. La SAP Huelva nº 667/2020, de 14 de octubre de 2020 (TOL 8.287.330), no admitió la existencia de vicio del consentimiento en el supuesto concreto en el que la demandante lo invocaba alegando que su entonces esposa le había manifestado que el hijo reconocido había sido engendrado mediante técnicas de reproducción asistida, pero a los seis meses de nacimiento del menor, durante una acalorada discusión la madre biológica reconoció a la actora que, en realidad el nacimiento había sido fruto de las relaciones mantenidas con un varón. Para la Sala no existe el vicio invocado por diversas razones, entre ellas, que hubiera

Así se recoge en el artículo 138 y siguientes CC, no reformados por la LAPD y, por tanto, de aplicación general. En este sentido, cabe añadir que el mero hecho de la discapacidad no supondrá *per se*, que el consentimiento prestado haya de considerarse viciado, sino que, para que la acción prospere, habrá de demostrarse que la discapacidad ha incidido de forma directa en la prestación del consentimiento (falta de voluntad) o, en todo caso, que este ha resultado afectado por error violencia o intimidación, viciando la prestación de dicho consentimiento.

En cuanto a lo primero, debe quedar claro que no es posible es que la acción resulte estimada sobre la única base de que quien ha reconocido una filiación sea una persona a quien por el mero hecho de contar con un grado de discapacidad por retraso mental, se le presuponga falta de entendimiento para conocer el alcance una filiación reconocida, bastando para ello como prueba acreditativa de la existencia del vicio del consentimiento la presentación de un certificado de discapacidad donde en un procedimiento administrativo se le reconoce un porcentaje de discapacidad del 66%, como ocurrió, por ejemplo, en el caso resuelto por la SAP Málaga nº 465/2015, de 23 de julio (TOL5.825.899; ECLI:ES: APMA:2015:3394)<sup>45</sup>.

---

bastado con que le hubiera solicitado a la gestante la documentación correspondiente a la gestación mediante las técnicas de reproducción aludida. Por su parte, la SAP Las Palmas 581/2009, de 19 de noviembre (TOL 1.785.884) se hace eco de la doctrina dictada por el Tribunal Supremo sobre el carácter distinto de las acciones que se pueden ejercitar al amparo del artículo 140 o 141 CC, recordando que: «Existen, pues, dos acciones diferentes e independientes, con presupuestos diversos, refiriéndose la del artículo 140 del Código Civil a la realidad biológica, y la del artículo 141 al consentimiento viciado. Este criterio interpretativo aparece, además, refrendado por otras sentencias, como la de 5 de julio de 2004, que, si bien vienen referidas a supuestos de impugnación de la filiación matrimonial por falta de realidad biológica, permiten diferenciar las acciones de impugnación por esta causa y las que se fundamentan en la inexistencia e invalidez del título de su determinación, conectando el artículo 138 al artículo 141, ambos del Código Civil, cuando se trata de una impugnación del reconocimiento que determina la filiación (el formal, del artículo 120.1, el expreso o tácito del artículo 117, y el implícito en el consentimiento para la inscripción de la filiación), por vicio del consentimiento, y poniendo en relación el artículo 138 con las normas contenidas en la sección y capítulo tercero del título quinto del libro primero del Código Civil, y entre otras, con la del artículo 136, cuando se trata de la impugnación de la filiación por otras causas».

<sup>45</sup> Según la cual «resulta de aplicación el párrafo primero del artículo 140 del Código Civil, y por tanto que la impugnación de la filiación no matrimonial sin posesión de estado en base a dicho artículo no está sujeta a plazo de caducidad conforme a la

Decisiones de este tipo contradicen tanto la CDPD como los principios y reglas de la LAPD.

### **3.2.5 Otros supuestos de impugnación de la filiación**

#### **3.2.5.1 Impugnación de la maternidad**

El Código Civil español prevé también la posibilidad de que la mujer impugne su propia maternidad, bien justificando la suposición del parto, bien por no ser cierta la identidad del hijo (artículo 139 CC). La LAPD no ha afectado a este artículo, pese a la importancia y el énfasis que la CDPD pone sobre la especial protección que ha de garantizarse respecto a las mujeres y niñas con discapacidad y pese a los mayores abusos a los que han sido y siguen siendo sometidas, si bien es cierto que si los precisasen para interponer la acción judicial de impugnación de la maternidad, tanto el artículo 7 bis de la LJV como el de igual numeración de la LEC, obligan al Letrado de la Administración de Justicia (LAJ) a dotarlas de los necesarios para garantizar su intervención en el procedimiento judicial en igualdad de condiciones con las demás y a entender y ser entendidas en el mismo.

---

Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia S 1<sup>ª</sup> 29-10-2008 y 5-12-2008 por todas)...Trasladando la anterior doctrina al reconocimiento de la filiación por el demandante, concurren todos los requisitos para que el error sea invalidante del mismo pues dado que la Administración le ha reconocido un grado de discapacidad del 66% por retraso mental, sin que se hayan practicado o propuesto pruebas médicas que desvirtúen esa realidad, cuando reconoce a la menor como hija suya, sabiendo que no lo era, desconocía que estaba creando una relación paterno filial con la misma con las obligaciones y derechos que tal relación conlleva, pues su limitado entendimiento solo llegaba a comprender que con ese reconocimiento ayudaba a la madre de la menor a residir legalmente en España, recayendo en consecuencia el error en la esencia del reconocimiento de la menor como hija suya y siendo inexcusable dado el retraso mental del reconocedor al que no puede exigírsele mayor diligencia de la que le otorga su capacidad mental limitada».

### 3.2.5.1 Impugnación de la paternidad en calidad de perjudicado

Cuando en las relaciones familiares falte la posesión de estado, la filiación paterna o materna no matrimonial podrá ser también impugnada por aquellos a quienes perjudique (artículo 140-1<sup>o</sup>CC).

Si existiese posesión de estado<sup>46</sup>, esta acción puede corresponder, además de a quien figure como hijo<sup>47</sup> o progenitor, a quienes puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos, entre estos, personas con discapacidad. La acción para impugnar la paternidad en este caso tiene un plazo general de cuatro años desde que el hijo, una vez realizada la inscripción, goce de la posesión de estado correspondiente.

El inicio del cómputo de este plazo tiene dos excepciones en el artículo 140 CC. La primera de ellas se refiere a la impugnación por un hijo menor, indicándose que el inicio del cómputo se trasladaría al momento en que cumpla la mayoría de edad.

---

<sup>46</sup> La posesión de estado de filiación se sintetiza gráficamente en la concurrencia de nomen (tradicionalmente identificado como «hijo de»; más modernamente se asimila al uso del apellido), tractatus (la actuación del padre y de la familia como titular de esa condición; ejercicio de la autoridad paterna, prestación de alimentos, formación educativa y asistencial, convivencia, etc) y fama (la reputación social y familiar): VERDERA SERVER, R., *op. cit.*, p. 139. Nuestro Tribunal Supremo ha reconocido recientemente que resulta posible la acreditación de la posesión de estado sin alguno de sus tres elementos clásicos (nomen, tractatus, fama), así se sintetizaba por la STS 267/2018, de 19 de mayo (TOL6.602.702), reiterada por la STS 558/2022, de 11 de julio (TOL9.141.622. ECLI: ES:TS:2022:3002): «En particular, puesto que se trata de reclamar una filiación extramatrimonial no determinada, no sería exigible el nomen en el sentido estricto de que el niño usara los apellidos de la demandante, pero sí resulta absolutamente imprescindible el tractatus, es decir, actos de atención y asistencia al hijo que comporten el cumplimiento de la función propia de madre, e igualmente es necesario que concurra la fama, una exteriorización constante de la relación de estado, de modo que conformen una apariencia de filiación creada por el ejercicio constante de sus potestades y deberes. Es preciso, por tanto, que consten de manera continua y actual hechos públicos repetidos y encadenados de los que resulte el goce público de una relación de filiación. Cuando el art. 131 CC exige que la posesión de estado sea «constante» no añade nada que no resulte ya del propio concepto de posesión de estado, que requiere un grado de persistencia, actos continuados, reiterados...». Pero para ALVAREZ GONZALEZ, S., *op. cit.*, «Llama la atención la laxitud con la que el TS abraza la adopción y la rigidez con la que desprecia la posesión de estado».

<sup>47</sup> Sobre la problemática que plantea la legitimación activa del propio hijo para impugnar la segunda maternidad, CADENAS OSUNA, D., *op. cit.*, pp. 95, 96, 104, 105.

La segunda excepción a la que alude el artículo deriva el inicio del cómputo del plazo al momento «de recobrar capacidad suficiente a tales efectos». Como apuntamos más arriba, nos encontramos aquí con una evidente y evitable distorsión con la reforma introducida por la LAPD, reforma que de manera inexplicable no afectó a este precepto. Que su redacción se haya mantenido inalterada refiriéndose a la posibilidad de «recobrar capacidad suficiente» resulta incompatible con el modelo actual que impide la limitación o anulación de la capacidad jurídica, como hemos indicado anteriormente.

#### **4. Una breve referencia STS 558/2022, de 11 de julio<sup>48</sup>, sobre reconocimiento de doble maternidad no matrimonial**

Esta sentencia dictada por el Alto Tribunal español resuelve la reclamación de filiación presentada por una mujer que había mantenido una relación sentimental con otra mujer durante unos diez años de forma intermitente. En el trascurso de esa relación, la pareja de la demandante se había sometido a un tratamiento de fertilidad con la intención de quedarse embarazada y tener un hijo. Gracias al uso de las técnicas de reproducción asistida a las que se sometió consiguió ambas cosas. Fruto del embarazo nació un hijo varón al que llamó Fidel.

La inscripción de su nacimiento se realizó ante el Registro Civil por su madre biológica figurando solo esta como progenitora del menor. La demandante no manifestó por escrito el consentimiento de que su entonces pareja se sometiera a las técnicas de reproducción asistida para quedarse embarazada; tampoco reconoció la filiación posteriormente ante el registro civil; no lo adoptó y tampoco nunca contrajo matrimonio con su expareja ni se inscribieron nunca como pareja de hecho.

Como indica la sentencia a la que nos estamos ahora refiriendo, «(L) a Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en su redacción original no se ocupó de la doble maternidad y la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas,

---

<sup>48</sup> TOL9.141.622. ECLI: ES:TS:2022:3002, ya citada en la nota precedente.

adicionó un apartado 3 al art. 7 de la Ley 14/2006<sup>49</sup> para permitir la doble maternidad legal sin adopción. Conforme al art. 7.3 de la Ley 14/2006: «Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido»<sup>50</sup>.

De esta forma se creó un nuevo título de determinación de otra maternidad, además de la maternidad por naturaleza, pero sometido a estrictos requisitos formales<sup>51</sup>, pues se requería además del matrimonio con la madre (no separada legalmente ni de hecho), la manifestación por la no gestante del consentimiento previo al nacimiento y ante el Encargado del Registro Civil, de que cuando naciera el hijo de su cónyuge se determinara su filiación respecto del nacido». Las sentencias de esta sala 740/2013, de 5 de diciembre<sup>52</sup>, y 836/2013, de 15 de enero de 2014 flexibilizaron los requisitos formales y temporales de esta regulación. Asumiendo los planteamientos flexibilizadores de los requisitos formales y temporales de esta jurisprudencia, la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, modificó el art. 7.3 de la Ley de técnicas de reproducción humana asistida. Conforme a la nueva redacción, vigente desde el 15 de octubre de 2015, dispone el art. 7.3 de la ley: «Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en

---

<sup>49</sup> Sobre la historia del artículo 7.3 LTRHA y la problemática relativa a las parejas homosexuales, BARBER CARCAMO, R., «Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales», *Derecho Privado y Constitución*, 2014, pp. 101, 102.

<sup>50</sup> «...la filiación por naturaleza, con relación a la madre, resulta del nacimiento; con relación al padre y la madre puede establecerse por el reconocimiento, por el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer, por el expediente registral o por sentencia, y, únicamente con relación al padre, por el matrimonio con la madre. Este mismo criterio es el que ya apareció en la Ley 14/2006, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, tras la reforma de su artículo 7.3, llevada a cabo por la Ley 3/2007, de 15 de marzo: cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge».

DE LA ROSA FERNANDEZ, R., *op. cit.*, p. 354.

<sup>51</sup> CADENAS OSUNA, D., *op. cit.*, p. 74.

<sup>52</sup> Sobre la relevancia de esta sentencia, también CADENAS OSUNA, D., *op. cit.*, pp. 101-105.



que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge».

La misma Ley 19/2015 modificó el art. 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil que, en su apartado 5, por lo que interesa aquí, declara: «También constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge».

A diferencia de lo que se establece en otros sistemas de filiación en Derecho comparado, y a diferencia de lo que se ha planteado en proposiciones y anteproyectos de ley en el ámbito estatal, la regulación vigente sigue exigiendo que la mujer que presta el consentimiento para que se determine la filiación esté casada<sup>53</sup> y no separada legalmente o de hecho con la madre.

Para resolver la cuestión litigiosa la resolución judicial referenciada valora, igual que en ocasiones anteriores, el «interés del menor» a quien afectaría el reconocimiento<sup>54</sup>. Sobre esta cuestión la sentencia recuerda que es el legislador y no la autoridad judicial quien, al establecer el sistema de determinación de la filiación y de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, debe valorar en abstracto el interés superior del menor junto a los demás intereses presentes (la libertad de procreación, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones, la estabilidad del hijo)<sup>55</sup>.

Sin embargo, partiendo de lo anterior, en casos de filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, la Sala ha valorado que el interés del menor concreto quedaba mejor protegido por la determinación legal de una doble maternidad, convirtiendo en legal una filiación vivida manifestada por constante posesión de estado.

---

<sup>53</sup> Lo que, según CADENAS OSUNA, D., *op. cit.*, p. 90, supone una discriminación respecto a las parejas de hecho heterosexuales. En contra, BARBER CARCAMO, R., *op. cit.*, p.105.

<sup>54</sup> La STS 45/2022, de 27 de enero, VELA TORRES, P. J., «Doble maternidad. Filiación derivada del empleo de técnicas de reproducción asistida», *Diario La Ley*, 2022, «recoge cuál es el marco normativo y jurisprudencial de la denominada «doble maternidad», cuando la esposa de una mujer gestante puede pretender ser reconocida también como progenitora. Y establece cuáles son los requisitos para reconocer la posesión de estado, entre los cuales no se encuentra un abstracto interés del menor en tener dos madres».

<sup>55</sup> *Ibidem*.

La sentencia 740/2013, de 5 de diciembre (FJ 3.6) interpretó que la regla del art. 131 CC, que atribuye a la posesión del «estado de filiación» el papel de presupuesto de legitimación para el ejercicio de la acción es aplicable en el ámbito de la filiación derivada del empleo de técnicas de reproducción asistida.

Con cita de la sentencia 740/2013, de 5 de diciembre, la sentencia del pleno 836/2013, de 15 de enero de 2014, partiendo de la posesión de estado como título legitimador para el ejercicio de la acción y como medio de prueba de la filiación (FJ 2), valora el interés del menor en que continúe una relación que se había prolongado durante tres años, en un caso en el que se afirma que existió una unidad familiar.

El Tribunal Supremo expone que la posesión de estado tiene un componente fáctico, los hechos probados a partir de los cuales el tribunal valora jurídicamente si existe o no la posesión de estado. Este dato justifica que pueda impugnarse la afirmación por el tribunal de instancia de la posesión de estado de filiación por vía de los recursos por infracción procesal (error en la valoración de la prueba de los hechos que integran los diversos elementos de la posesión de estado - *nomen, tractatus, fama*-) y en el recurso de casación puede impugnarse la valoración jurídica de esos hechos (sentencias 45/2022, de 27 de enero, y 267/2018, de 19 de mayo). Sobre esta base, el Alto Tribunal entra a valorar el caso concreto y concluye que, en realidad, siguiendo la doctrina jurisprudencial, sintetizada por la sentencia 267/2018, de 19 de mayo, según la cual resulta posible la acreditación de la posesión de estado aun en ausencia de alguno de sus tres elementos clásicos (*nomen, tractatus, fama*) no hubo una verdadera posesión de estado que legitimase activamente a la demandante para el reconocimiento de la filiación pretendida, por lo que, el recurso de casación se estima y, en consecuencia, se desestima la petición de filiación interesada por la actora.

La lectura de la sentencia a la que nos acabamos de referir nos ha hecho reflexionar sobre algunas cuestiones directamente relacionadas con el tema que nos ocupa.

En primer lugar, si sería posible encontrarnos ante un supuesto de hecho idéntico al comentado en el que alguna de las componentes de la pareja fuese una mujer con discapacidad que necesitase medidas de apoyo.

Como ya se ha anticipado, la reforma introducida en España por la LAPD ha dejado sin modificar toda la legislación relativa al

consentimiento informado en el ámbito de la salud<sup>56</sup>. Esto supone en la práctica que a día de hoy la LTRHA, continúe exigiendo a la mujer que quiera someterse a dichas técnicas tener cumplidos los dieciocho años y tener «plena capacidad de obrar».

Si pensamos en una mujer que hubiese sido incapacitada con arreglo a la situación anterior cuya sentencia todavía no haya sido objeto de revisión, tal como ordena la disposición transitoria quinta de la LAPD<sup>57</sup>, el consentimiento, en la práctica, podría no depender de ella, sino de su representante legal, que deberá prestarlo por representación, a tenor de lo previsto en el artículo 9 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (o en las correspondientes homólogas.) Esta interpretación literal y restrictiva de la norma supone en un claro ejemplo de discriminación por razón de la discapacidad que cierra las puertas a que las mujeres con discapacidad que todavía se encuentren legalmente incapacitadas puedan ser madres utilizando este tipo de técnicas.

Una interpretación más acorde con la CDPD y con el sistema de fuentes español sería admitir que la persona con discapacidad podría acudir a ellas, como cualquier otra mujer, teniendo en cuenta el orden supralegal que el tratado ocupa en el Ordenamiento jurídico español, por encima de la propia ley. Además, otra interpretación más integradora y acorde con nuestra realidad social y con la LAPD es la de permitir el uso de estas técnicas a las mujeres con discapacidad adultas, pues todas gozan de plena capacidad jurídica desde la entrada en vigor de la reforma, para lo cual, como indica el artículo 5 de la

---

<sup>56</sup> V. nota<sup>18</sup>

<sup>57</sup> Disposición transitoria quinta. Revisión de las medidas ya acordadas.

Las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud.

Para aquellos casos donde no haya existido la solicitud mencionada en el párrafo anterior, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años.

LTRHA, la información previa al consentimiento debería facilitársele a la paciente en formatos adecuados y accesibles.

Si pensamos en una mujer que no hubiera sido incapacitada anteriormente y se encuentre en una situación de discapacidad con necesidad de apoyos, la solución acorde con la CDPD sería esta misma también, esto es, que prestase consentimiento libre e informado en formatos adecuados y accesibles igual que el resto de las mujeres y que el mero hecho de la discapacidad no fuese un impedimento para ello.

Si nos centramos ahora en la mujer con discapacidad no gestante, que reclama la filiación no matrimonial de su hija o hijo nacido de otra mujer que se hubiese sometido a técnicas de reproducción asistida, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, parece que, según la jurisprudencia de este tribunal, no sería necesario el matrimonio siempre que se acreditase la posesión de estado por la madre no biológica. En este caso, para interponer la acción de reclamación de la filiación, el artículo 7 de la LTRHA, remite a las leyes civiles, entre ellas, el Código Civil que, según dispone el art. 131, exigiría que la persona con discapacidad estuviese provista de las medidas de apoyo necesarias para ello y el reconocimiento se hiciese conforme a ellas. Si no tuviese medidas judiciales o voluntarias de apoyo, habría de tramitarse el expediente de «revisión» al que nos hemos referido con anterioridad y cuyas reflexiones traemos de nuevo a colación sin repetir las a fin de evitar inútiles reiteraciones.

## **5. Medidas de apoyo y aspectos procesales**

Desde el punto de vista procesal también surgen algunas cuestiones sobre el procedimiento a seguir para la provisión de la medida de apoyo, pues este estará en función del carácter de la medida que haya de adoptarse, especialmente si nos referimos a la medida judicial.

El sistema de provisión de apoyos diseñado por el legislador español prevé tres tipos de medidas de apoyos. Por orden de prevalencia serían: las medidas voluntarias, en primer lugar; la guarda de hecho, en segundo lugar y; por último, las medidas judiciales y, dentro de estas, el defensor judicial y la curatela (artículo 250 CC). Centrándonos en estas dos últimas, la LAPD distingue una de la otra

en función del grado de necesidad de apoyo, previéndose la primera para aquellas situaciones en las que la persona necesita un apoyo ocasional, aunque fuera recurrente (artículos 250-6º, 295-5º CC), y la segunda, para los casos en los que el apoyo se precisa de manera continuada (artículo 250-5º CC). Tratándose de una medida puntual y específica para esta actuación concreta, parece que lo más acertado, en el ordenamiento jurídico español sea la designación de un defensor judicial, en aplicación de lo previsto en el artículo 295-5 CC.

Pues bien, la reforma introduce importantes modificaciones procesales tanto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria como en la Ley de Enjuiciamiento Civil, creando un procedimiento de revisión de medidas de apoyo por medio del artículo 42 bis, c) y remitiéndose al también modificado artículo 761 LEC para la revisión cuando el expediente de jurisdicción voluntaria se tornare contencioso por haberse formulado en oposición (artículo 42, bis-c)-3-b) LJV y artículo 761 LEC). El problema está en que estos procedimientos están previstos para la revisión de aquellas medidas judiciales que se hubiesen acordado en los procedimientos de provisión de medidas de apoyo previstos en la Ley de Jurisdicción Voluntaria (artículo 42 bis a) y b) LJV) y en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 756 y ss LEC) para la designación de una medida de apoyo con carácter estable (artículo 42 bis a) LJV), esto es, la curatela (artículo 756 LEC).

Respecto a la filiación, podría ocurrir que la persona solo necesitase un apoyo puntual para proceder al acto de reconocimiento de la filiación o para para prestar el consentimiento de la filiación de quienes pretenden ejercitarla sobre ellas, pero también para interponer la acción de reclamación de filiación o la acción de impugnación, si fuera necesario acudir a la vía judicial a tales fines. Atendiendo a los principios de necesidad y proporcionalidad recogidos en el artículo 249 CC, la medida idónea sería en estos supuestos la designación de un defensor judicial, cuyo nombramiento está previsto en el artículo 27 LJV. Aunque en ambos casos -designación de curador o nombramiento de defensor judicial- estaríamos ante la tramitación de sendos expedientes de jurisdicción voluntaria, la diferencia entre uno u otro procedimiento no es baladí pues, mientras el expediente de provisión de apoyos previsto en el artículo 42 bis a) y ss. - nombramiento de curador- se resuelve por la autoridad judicial, el establecido en el artículo 27 LJV -designación de defensor judicial-, se sigue ante el letrado de la administración de justicia y se resuelve por

este, lo que resulta incompatible con lo previsto en el artículo 295 CC, que expresamente señala que «la autoridad judicial nombrará defensor judicial a quien sea más idóneo para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de aquella». La doctrina sentada por el Tribunal Constitucional español ha declarado que el letrado de la administración de justicia no es autoridad judicial<sup>58</sup>, por lo que solo cabe que la medida sea designada por quien resulte ser juez. Siendo esto así, considero que ha de dejarse el procedimiento previsto en el artículo 27 LJV para la designación del defensor judicial cuando este no deba ejercer como figura de apoyo, esto es, para los demás casos no previstos en el artículo 295-5º CC<sup>59</sup>.

Para estos casos, entiendo que debería ser de aplicación la regulación de los artículos 42 bis a), b) y c) LJV y los artículos 756 y ss. LEC, por analogía, pero, insisto, es algo que indudablemente no ha quedado en absoluto bien resuelto por la LAPD y que, por lo tanto, genera una enorme inseguridad jurídica.

De la lectura del artículo 121-2º CC, se deduce que las medidas de apoyo deberán garantizarse a la persona con discapacidad cuando las precise y, una vez asignadas, el reconocimiento de filiación deberá estarse a lo establecido por estas hasta el punto de que, de no ser así, si la persona con discapacidad llevase a cabo dicho reconocimiento,

---

<sup>58</sup> STC 15/2020, de 28 de enero «Esta distribución de funciones no elude poner de relieve el lugar preeminente que ocupa el juez o tribunal, como titular de la potestad jurisdiccional, con respecto al que corresponde al letrado de la administración de justicia, como director de la oficina judicial, que sirve de apoyo a la actividad jurisdiccional de jueces y tribunales (art. 435.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), ya que son los jueces y magistrados quienes ejercen en exclusiva la función de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE). De ese modo, en última instancia, debe quedar garantizado que toda resolución del letrado de la administración de justicia en el proceso pueda ser sometida al control del juez o tribunal. Esto constituye una exigencia ineludible del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el art. 24.1 CE, así como en los textos internacionales sobre derechos fundamentales y libertades ratificados por España (art. 10.2 CE). Por tanto, queda vedado que el legislador excluya de manera absoluta e incondicionada la posibilidad de recurso judicial contra los decretos de los letrados de la administración de justicia, ya que entenderlo de otro modo supondría admitir la existencia de un sector inmune a la potestad jurisdiccional, lo que no se compadece con el derecho a la tutela judicial efectiva y conduce a privar al justiciable de su derecho a que la decisión procesal del letrado de la administración de justicia sea examinada y revisada por quien está investido de jurisdicción, esto es, por el juez o tribunal, lo que constituiría una patente violación del derecho a la tutela judicial efectiva».

<sup>59</sup> TOMASELLI ROJAS, A. J., «La autoridad competente para el nombramiento del defensor judicial en la provisión de medidas de apoyo», ELDERECHO.com, 2022.

éste carecería de validez<sup>60</sup> o, lo que es lo mismo, la persona con discapacidad no quedaría vinculada por el reconocimiento manifestado.

Resulta, por otro lado, curioso, que el artículo no haga referencia a la situación de las personas mayores con discapacidad que no tuvieran asignadas ningún tipo de medidas de apoyo. En este caso, nada obsta para que, si la persona lo precisa y lo desea, otorgue medidas voluntarias, o se le proporcionen aquellas concretas que precisen para el reconocimiento concreto de la filiación, sin que las medidas designadas puedan exceder de lo que la persona precise debiendo ser suficientes para el reconocimiento que se pretende (principios de necesidad y proporcionalidad, art. 249 CC).

Además de las cuestiones procesales que suscita la solicitud de una u otra medida judicial de apoyo a las que nos acabamos de referir, no debemos cerrar este epígrafe sin dejar de aludir a una de las más importantes novedades que la LAPD introdujo como garantía para la intervención en cualquier tipo de procedimiento judicial de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. Me estoy refiriendo ahora a la introducción, tanto en la LJV como en la LEC de un precepto que, en ambas normas, se enumera de igual modo: el artículo 7 bis, que introduce la obligación de incorporar los ajustes de procedimiento que resulten necesarios para salvaguardar el derecho de estos litigantes a entender y ser entendidos durante el mismo. Por lo tanto, tanto en el procedimiento de designación o de revisión de medidas de apoyo para que la persona ejercite su capacidad jurídica respecto a la filiación, como en el eventual procedimiento judicial en el que interponga una acción de reclamación o de impugnación de filiación, el letrado de la administración de justicia correspondiente deberá adoptar los ajustes que sean precisos para que el litigante con discapacidad pueda intervenir en dichos procedimientos en igualdad de condiciones con los demás. Estos ajustes de procedimiento pueden ser tan variados o específicos como lo sean las particulares necesidades de aquél. Por ello, podrán consistir en adaptaciones ambientales, modulación de los tiempos, uso de un lenguaje sencillo, ayudas técnicas, incorporación de facilitadores, uso de pictogramas, etc. En definitiva, habrá de garantizarse que la persona ha entendido el procedimiento en el que está inmerso y, a su

---

<sup>60</sup> BATUECAS CALETRO, A., *op. cit.*, pp. 146 ss.

vez, los demás participantes del proceso – jueces, fiscales, abogados, partes personadas, etc. – le han entendido a él también. No hacerlo así supondrá una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 CE.

Finalmente, reiterar que, pese al dictado actual del artículo 23 LJV, no se precisará ni autorización ni aprobación judicial para los expedientes sobre filiación en los que intervengan personas con discapacidad, según lo establecido en el artículo 121 CC.

## 6. Conclusiones

1. La entrada en vigor de la CDPD obliga a revisar la legislación relativa a la filiación de las personas con discapacidad en España.
2. La reforma en materia de filiación de las personas con discapacidad introducida por la LAPD en España resulta incompleta y a veces confusa.
3. El Código Civil español regula el uso de medidas de apoyo por las personas con discapacidad que las deseen y precisen para el reconocimiento o la reclamación o la impugnación judicial de la filiación.
4. También establece el uso de tales medidas para la prestación del consentimiento al reconocimiento del hijo mayor con discapacidad que precise y desee medidas de apoyo.
5. El uso de medidas de apoyo debe respetar la voluntad de la persona concernida, pues su imposición contraria a esta se opone a la directriz marcada por el Comité en su Observación General Primera, que obliga a los Estados parte a imponer garantías para que las personas con discapacidad puedan rechazar los apoyos, modificarlos o sustituirlos por otros.
6. El uso de medidas de apoyo en la relaciones de filiación en contra de la voluntad de las personas con discapacidad atenta a su dignidad y vulnera el derecho a tomar sus propias decisiones en ese aspecto reconocido en los artículos 12 y 23 CDPD, así como el espíritu de la propia LAPD resumido en su Preámbulo.



7. El inicio del cómputo para la acción de impugnación de la paternidad por las personas con discapacidad adultas no queda claro tras la reforma pues, el Código Civil lo fija en el momento en que se extingan las medidas de apoyo, pero también a partir del momento de la inscripción de la filiación en el Registro.
8. El Código Civil español, tras la entrada en vigor de la LAPD, mantiene huellas del denostado sistema médico rehabilitador de la discapacidad al no expulsar completamente de su regulación aspectos relativos a la «capacidad de obrar» o al «mejor interés» de las personas adultas con discapacidad.
9. Resulta imprescindible reformar la legislación española en materia de consentimiento informado en el ámbito de la salud.
10. Actualmente las mujeres incapacitadas judicialmente cuya sentencia de incapacitación no haya sido objeto de revisión no podrán acceder al uso de técnicas de reproducción asistida.
11. La discapacidad *per se* no puede servir como único elemento de la existencia de vicio del consentimiento en el reconocimiento de una filiación para justificar una acción posterior de impugnación de la paternidad.
12. La medida judicial de apoyo idónea para el ejercicio de las acciones de filiación es el defensor judicial, cuyo nombramiento corresponde al juez.
13. El procedimiento para la designación del defensor judicial será el previsto en los artículos 42 bis a, b y c LJV.
14. La intervención de la persona con discapacidad en cualquier tipo de procedimiento judicial exige la adopción de los ajustes de procedimiento que sean necesarios para garantizar su intervención en igualdad de condiciones con los demás, así como para entender y ser entendido en el mismo.

## Bibliografía

ALEMANY, M., «Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación nº1 (2.014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad)», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (52), 2018, p. 217.

ALEMANY, M., «Una crítica a los principios de la reforma del régimen jurídico de la discapacidad», en AA.VV., MUNAR BERNAT, P. (dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (Vol. Colección Lege Ferenda), Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 23-24.

ALVAREZ GONZALEZ, S., «Gestación por sustitución y Tribunal Supremo español», *Diario La Ley*, nº 10069, 2022, en <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Inicio.aspx>.

ASTORGA GATJES, L. F. «Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: esperanza e instrumento para construir un mundo más accesible e inclusivo», *Revista Cejil. Debate sobre Derechos Humanos y el sistema Interamericano*, 2008, p. 5.

BARBER CARCAMO, R., «Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales», *Derecho Privado y Constitución*, 2014, pp. 93-136.

BATUECAS CALETRO, A., «Comentarios al artículo 123 CC» en GARCIA RUBIO, M. P., MORO ALMARAZ, M. J. (dirs.), *Comentarios a la ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, Aranzadi S.A.U., Cizur Menor, 2022, p. 146.

CADENAS OSUNA, D., «La determinación de la segunda maternidad por naturaleza en el artículo 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida: requisitos para la aplicación del precepto y problemática que plantea», *Anuario de Derecho Civil*, 2022, pp. 69-114.

CALAZA LOPEZ, S., «Incógnitas procesales persistentes en el nuevo escenario sustantivo de la discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, 2022, pp. 53-85.

CANIMAS BRUGUÉ, J., «Decidir por el otro a veces es necesario», *Cuadernos de la Fundación Víctor Grifols i Lucas* (39), 2016, pp. 13-30.

DE LA ROSA FERNANDEZ, R., *La filiación en las parejas homoparentales*, J.M. Bosch Ed., Barcelona, 2020.

ESPIÑEIRA SOTO, I. en «Taller práctico sobre la reforma de ley en materia de Discapacidad. Primera entrega: Introducción y testamentos. (Nuevo artículo 695 CC)», *Registradores y Notarios*, 2018, Disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/modelos/taller-practico-sobre-lareforma-de-ley-en-materia-de-discapacidad-testamento/>.

GARCIA RUBIO, M. P., «Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad», *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, 2021, pp. 45-62.

GARCIA RUBIO, M. P., «La reforma de la discapacidad en el Código Civil. Su incidencia en las personas de edad avanzada», en *AFDUAM. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2021, pp. 81-109.

GARCIA RUBIO, M. P., TORRES COSTAS, M. E., «Comentario al artículo 249 CC», en AA.VV., GARCIA RUBIO, M. P., MORO ALMARAZ, M., *Comentarios a la ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica* Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, Madrid, 2022, pp. 207-219.

GARCIA RUBIO, M. P., TORRES COSTAS, M., «Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Anuario de Derecho Civil*, LXXV, I, 2022, pp. 279-334.

GETE-ALONSO Y CALERA, M., SOLE RESINA, J., *Filiación y potestad parental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 33.

GETE-ALONSO Y CALERA, M., SOLE RESINA, J., *Actualización del Derecho de Filiación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 21.

LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, IV, *Familia*, 4ª ed., revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, J., Dykinson, Madrid, 2010, pp. 303, 326.

LAFUENTE TORRALVA, A., «Cuestiones problemáticas y propuestas de reforma de la incapacitación judicial», *RedUr. Revista electrónica del departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, 2012, p. 123-143.

MAGARIÑOS BLANCO, V. «Comentarios al Anteproyecto de Ley para la Reforma del Código Civil», *Revista de Derecho Civil*, Regitradores y Notarios, 2018, pp. 199-225.

MESA MARRERO, C., *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*, Wolters Kluwer España, S.A., Hospitalet de Llobregat, 2017.

NIETO ALONSO, A., «Reseña bibliográfica: Carolina Mesa Marrero. La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales», *Revista de Derecho Civil*, 2018, pp. 251-267.

ORTOLA DINNBIER, J. G., «La reproducción asistida en nuestro sistema de filiación: un encaje pendiente», [www.abogacia.es](http://www.abogacia.es), 2022.

PEREÑA VICENTE, M. «El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código Civil», en AA.VV., MUNAR BERNAT, P. (dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*, Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales Madrid, S.A., p. 200.

PEREÑA VICENTE, M., PALLARES NEILA, J., *La Convención de Nueva York y su incidencia en la medida de protección. Código de Buenas Prácticas en el ejercicio de las medidas de protección jurídica*, Fundación Manantial, Madrid, pp. 143-145.

PORXAS ROIG, M. A., «Análisis de la conformidad de la “nueva curatela” al modelo de apoyo a las decisiones» en FLORES, M. (Coord.), MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L. (Dir.), MIRANDA ERRO, J. (Dir.), *Avanzando en la inclusión. Balance de logros alcanzados y agenda pendiente en el derecho español de la discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 445-461.

RIVERO HERNADEZ, F., «Los reconocimientos de complacencia (Con ocasión de unas sentencias recientes)», *Anuario de Derecho Civil*, 2005, pp.1049-1114.

SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I., «Reflexión acerca de una posible compatibilidad entre los mecanismos sustitutivos de la capacidad de obrar y el Art.12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», en ÁLVAREZ RAMÍREZ, G., ALCAÍN MARTÍNEZ, E. (dirs.), *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos*, (1ª ed., pp. 585-596), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 595.

SEDA HERMOSÍN, M. A., «El Notario como actor fundamental en la protección de las personas vulnerables», en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., PEREÑA VICENTE, M. (coords.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Las Rozas, Madrid, 2011, pp. 439-459.

TOMASELLI ROJAS, A. J., «La autoridad competente para el nombramiento del defensor judicial en la provisión de medidas de apoyo», *ELDERECHO.com*, 2022.

TORRES COSTAS, M., «La vacunación contra el Covid-19 de personas mayores residentes en centros de mayores: ¿Derecho o imposición? El consentimiento informado por representación. Primeras resoluciones judiciales», *Diario La Ley*, 2021.

TORRES COSTAS, M., «Mujeres con Discapacidad y responsabilidad parental», comunicación presentada en el VII Congreso Carmona Mujer, Discapacidad y Derecho, Movimiento Carmona, Mallorca 26 y 27 de mayo de 2022, (pendiente de publicación).

TORRES COSTAS, M. E., *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Boletín Oficial del Estado, Ed., Madrid, 2020-I.

TORRES COSTAS, M. E., «Escrituras públicas otorgadas por mujer con demencia. Comentario a la SAP A Coruña de 20 de octubre de 2020», *Foro Galego. Revista xurídica xeral de Galicia*, 2021, pp. 225-265.

TORRES GARCÍA, T. F., GARCÍA RUBIO, M. P., *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, pp. 80 ss.

VELA TORRES, P. J., «Doble maternidad. Filiación derivada del empleo de técnicas de reproducción asistida», *Diario La Ley*, 2022.

VERDERA SERVER, R., *La reforma de la filiación. Su nuevo régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 23.



PARTE VI

LA FILIAZIONE NELLA PROSPETTIVA DI GENERE





# Diversidad afectivo sexual y diversidad sexo genérica: deficiencias y ausencias en el sistema legal de filiación en España

*Paz Fernández-Rivera González*

**RESUMEN:** El establecimiento de un nuevo marco legal en la realidad de la diversidad sexo genérica y la afectivo sexual responde al diálogo civil, que debe estar presente como principio inspirador en la promulgación de normas que, advirtiendo la desigualdad y la discriminación, la erradiquen con un doble objetivo: la prevención y sobre todo la formación. En este escenario, la jurisprudencia ha jugado, desde siempre, un papel fundamental advirtiendo las deficiencias de las normas, utilizando los instrumentos jurídicos de que dispone para resolver los conflictos, sin dejar de manifestar «la fatiga jurisprudencial» cuando los mismos no resuelven el problema en su integridad.

**ABSTRACT:** La creazione di un nuovo quadro giuridico nella realtà della diversità di genere e affettivo-sessuale risponde al dialogo civile, che deve essere presente come principio ispiratore nella promulgazione di norme che, avvertendo la disuguaglianza e la discriminazione, la sradichino con un duplice obiettivo: prevenzione e, soprattutto, formazione. In questo scenario, la giurisprudenza ha sempre svolto un ruolo fondamentale nel segnalare le carenze delle norme, utilizzando gli strumenti giuridici a sua disposizione per risolvere i conflitti, senza mancare di esprimere «stanchezza giurisprudenziale» quando questi non risolvono il problema nella sua interezza.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. El deficiente sistema de filiación en la diversidad afectivo sexual: la discriminación en la doble maternidad. 2.1. La STS de 27 de enero de 2022: *iter* procesal. 2.2. Fundamentos de la Casación. 3. La corrección de la deficiencia: del Anteproyecto al

Proyecto de Ley 121/000113 para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI de 12 de septiembre de 2022. 4. El precario sistema de filiación en la diversidad sexo genérica: personas no binarias, intersexuales y personas trans gestantes. 5. Conclusiones.

## 1. Introducción

Diversidad afectivo sexual y diversidad sexo genérica se integran en los nuevos modelos de familia a los que se ha de dispensar cobertura jurídica. En relación con la primera, la Ley 13/2005, de 1 de julio, sobre el derecho a contraer matrimonio de las parejas del mismo sexo no atendió a aspectos inherentes al mismo, como lo es el régimen legal de la filiación en el caso de hacer uso de las técnicas de reproducción asistida. La Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 27 de enero de 2022 es objeto de análisis, al destacar expresamente la deficiente regulación vigente y advertir lo necesario de un sistema de filiación que encaje de manera adecuada con la derivada del uso de técnicas de reproducción asistida.

En relación con la diversidad sexo genérica, la ausencia de regulación es notoria: se deben resolver, entre otras cuestiones, supuestos de personas trans gestantes que, en el Registro Civil (RC), figuran como varones tras haber ejercido el derecho de autodeterminación de género y dan a luz a sus hijos e hijas rompiendo la máxima paulina *mater semper certa est*; la problemática de los nacidos y nacidas intersexuales y su inscripción registral; y los derechos de las personas no binarias.

La preocupación del legislador por los efectos jurídicos de los nuevos modelos de familia y el abordaje integral de la realidad de las personas LGTBI como miembros de pleno derecho de la sociedad, no es algo nuevo. Respecto a la discriminación de las mujeres lesbianas y su maternidad no le era ajeno al legislador la presencia de la España multicultural que evidenciaba esos nuevos modelos, pero a la vez tenía presente por ejemplo la incidencia del factor religioso en nuestro país que se veía reflejado en una legislación del año 1992 que como señala Ferreiro Galguera debía ser revisada, así como una arraigada concepción de la mujer que debía ser erradicada para poder ajustar la

legislación a la nueva realidad<sup>1</sup>. Ya había sido observado en alguna de las proposiciones de ley de anteriores legislaturas, como por ejemplo la Proposición de Ley 122/000097, del año 2017, contra la discriminación por orientación sexual identidad o expresión de género y características sexuales y de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales que contemplaba modificaciones del Código Civil (CC), de la Ley del Registro Civil (LRC) y del Reglamento del Registro Civil (RRC)<sup>2</sup>.

El 2 de febrero de 2021, el Ministerio de Igualdad hizo públicos los borradores de dos Proyectos de Ley: el Proyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y el Anteproyecto de Ley para la igualdad de las personas LGTBI y para la no discriminación por razón de orientación sexual, identidad de género, expresión de género o características sexuales, con la finalidad de adaptar la legislación civil a la diversidad familiar reconocida en nuestro ordenamiento jurídico, modificando los términos utilizados para dar cabida a las parejas del mismo sexo y de reconocer la existencia de hombres con capacidad de gestar.

Poco tiempo después, dicho Ministerio refundió los dos textos y presentó un único Anteproyecto que fue aprobado en el Consejo de Ministros de 29 de junio de 2021, junto con la Memoria de Impacto Normativo. Después de un año de tramitación, y de recibir Informes y Dictámenes del Consejo Económico y Social de 26 de enero de 2022; del Consejo General del Poder Judicial de 20 de abril de 2022 y del Consejo de Estado de 23 de junio de 2022, el Consejo de Ministros de 27 de junio de 2022 aprobó el Proyecto de Ley 121/000113 que se publica el 12 de septiembre de 2022. Se debe reseñar que días después, el 18 de septiembre de 2022 el Consejo Fiscal emitió su preceptivo informe.

El Proyecto de Ley 121/000113 da respuesta, con alguna omisión, a estas dos diversidades y regula los modelos de familia, dando un status especial a la familia LGTBI en su art 3k); eliminando la

---

<sup>1</sup> FERREIRO GALGUERA, J., «Acuerdos de 1992 con las Minorías:30 años después» en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXVIII (2022), pp. 101-107. Y en el mismo sentido sobre la mujer y la influencia del factor religioso en el desarrollo de sus derechos se hace una referencia indirecta En «El derecho a portar símbolos religiosos como manifestación de la libertad religiosa» en *El velo islámico y los derechos fundamentales de la mujer Fundación Canis Majoris*, Madrid 2020, pp. 41-90.

<sup>2</sup> BOCG Serie B, 12 de mayo de 2017, Núm. 122-1.

discriminación entre la determinación de filiación de mujeres casadas y no casadas; acuñando una nueva terminología, en la que, como regla general, se hace referencia a «progenitores» (gestantes o no gestantes según el caso), a la «filiación del padre o progenitor no gestante», y a la de la «persona trans gestante»; e introduciendo la posibilidad de la mención registral del sexo en blanco en caso de intersexuales en las Disposiciones Finales 1ª, 12ª y 15ª<sup>3</sup>.

## **2. El deficiente sistema de filiación en la diversidad afectivo sexual: la discriminación en la doble maternidad**

A pesar del conocimiento de la realidad social, y de la actividad prelegislativa, la norma seguía siendo insuficiente y discriminatoria. Ello fue advertido expresamente en la STS de 27 de enero de 2022<sup>4</sup> que a la espera de una necesaria revisión del sistema resuelve haciendo una interpretación atemperada de los requisitos consignados en la legislación vigente, que fue objeto de crítica por la doctrina. Por ello se hace imprescindible como metodología el análisis exhaustivo de esa resolución, y las críticas que suscitó, para, a continuación, examinar el Proyecto de Ley recientemente aprobado en la Cámara baja.

### **2.1. La STS de 27 de enero de 2022: *iter* procesal**

El supuesto contemplado recogía la demanda de filiación de una mujer en relación con el hijo que había tenido su pareja por inseminación artificial. Ambas habían suscrito un documento de consentimiento informado de inseminación artificial con semen de donante (y sin aportación de gametos de la demandante), tratamiento

---

<sup>3</sup> BOCG Serie A: 12 de septiembre 2022, Núm. 113-1, pp. 33, 34, 42, 43 y 49. Debe señalarse que, con posterioridad al Congreso y la entrega de la presente ponencia, se promulgó La Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. «BOE» núm. 51, de 01/03/2023.

<sup>4</sup> ROJ: STS 243/2022, ECLI:ES:TS: 2022:243.

que había abonado en solitario la madre biológica. Cuando da a luz, lo inscribe como hijo suyo con sus apellidos. Demandante y demandada contraen matrimonio tiempo después del nacimiento, y tras cinco meses de matrimonio, inician vidas separadas. La madre biológica presenta demanda de divorcio. En dicho procedimiento, la demandante en el procedimiento de filiación permaneció en rebeldía y no pidió medida alguna. En la sentencia de divorcio consta que no existe descendencia en común. Dos años después se interpone la demanda frente a la madre biológica solicitando la actora que se le declarase madre extramatrimonial por posesión de estado.

La actora argumentaba la consideración como madres que el entorno social tenía de ambas litigantes, si bien la filiación solo se determinó respecto de la gestante porque no estaban casadas en el momento del nacimiento. Justificó la falta de comparecencia en el divorcio por motivos económicos y por creer que no afectaría a su relación con el niño, aportando certificado de una cuenta que abrió donde señalaba el ingreso de una cantidad para el menor, así como mensajes intercambiados entre las partes en las que se interesa por él. Y fundamentaba su derecho en el art. 131 CC y en la normativa tuitiva del menor<sup>5</sup>

La demandada se opuso negando la legitimación activa y pasiva, alegando que su maternidad fue una decisión unilateral y que no hubo en ningún momento proyecto familiar. La actora no prestó el consentimiento en el Registro Civil, tal y como establecía el art. 7.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA) ni instó expediente de rectificación de error para cambiar los apellidos, y cuando contrajeron matrimonio tampoco consintió en el Registro que se determinara la filiación del niño respecto de ella tal y como permite la ley. En el procedimiento de divorcio no compareció para hacer valer siquiera un derecho de visita. En definitiva, no existía posesión de estado.

La sentencia de primer grado estimó íntegramente la demanda al considerar acreditada la posesión de estado, la existencia de un proyecto familiar común, ejerciendo ambas como madres cuando decidieron someterse al procedimiento de inseminación artificial, calificando de dejadez la no inscripción en el RC como hijo suyo, y la

---

<sup>5</sup> Convención Europea de los Derechos del Niño, la Carta Europea de los Derechos del Niño, los arts. 10, 14 y 39.2 CE, el art. 131 CC, y el art. 11.2.a) de la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia.

incomparecencia en el procedimiento de divorcio, que, en todo caso, no desvirtuaban la posesión de estado.

La gestante interpone recurso de apelación, alegando trato discriminatorio y vulneración del artículo 14 CE. Señalaba que, de haberse tratado de un supuesto diferente, es decir un varón que se separa de su mujer, con la que ha tenido un hijo por inseminación artificial, que no inscribe como hijo suyo, no solicita régimen de visitas, no presta alimentos y al cabo de los años pretende que un Juez constituya su filiación cuando él podía haberlo hecho porque la ley se lo permitía, seguramente la demanda de ese varón habría sido desestimada. El caso enjuiciado, insiste, es similar a lo expuesto, pero, al tratarse de dos mujeres y haber una tendencia a la preservación de las familias plurales, se atendió erróneamente la petición.

Advierte que la exclusión de la posesión de estado es evidente y que debe estarse al interés del menor: no hay dedicación personal ni patrimonial de la actora al menor (ni sufragó la inseminación artificial, ni contribuyó al sostenimiento del menor. No existe ningún dato del ejercicio de la responsabilidad parental (ni lo inscribió como hijo cuando estaba casada, ni solicitó régimen de visitas cuando la pareja se divorció, y nunca ha tomado iniciativas en la vida del niño).

La sentencia de la Audiencia Provincial<sup>6</sup> desestima el recurso al considerar que no hay trato discriminatorio por el hecho de que las litigantes sean personas del mismo sexo, toda vez que se ha fallado en atención a la aplicación estricta de las normas legales relativas a la acción ejercitada, y al juicio valorativo consignado en la resolución de instancia, sin que haya primado la tendencia a la preservación de las familias plurales. La Sala insiste en que el sistema familiar actual es plural y se respeta cualquier grupo de convivencia, con independencia de la forma que se haya utilizado para su constitución y del género de sus componentes, siempre que se respeten las normas constitucionales.

El recurso de casación de la gestante gravita en torno a tres motivos fundamentales: (i) Infracción del principio general del interés del menor proclamado en la Ley 26/2015 de 28 de julio, de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, dado que en el supuesto enjuiciado no se había aplicado dicho principio que pondera la paz social del menor y la seguridad jurídica de respeto de su estado civil; (ii) Infracción del

---

<sup>6</sup> ROJ: SAP MA 1889/2020, ECLI:ES: APMA: 2020:1889.

art. 131 CC, por dar por acreditada la posesión de estado de la filiación, pese a no tener la demandante con el menor relaciones personales ni patrimoniales continuadas, sino solo actos esporádicos, no decisivos en la vida de aquel. El supuesto proyecto inicial familiar no ha tenido ninguna continuidad; (iii) Infracción del derecho a la igualdad proclamado en el art. 14 CE, toda vez que, pese a no existir una contribución continuada y una presencia en los actos decisivos del menor, se estima la acción de filiación por posesión de estado. El recurso se estima.

## 2.2. Fundamentos de la Casación

En primer lugar, analiza la deficiente regulación atendiendo al contexto social, y así observa que la LTRHA de 2006, en su redacción original no se ocupó de la doble maternidad. Es cierto que la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, adicionó un apartado 3 al art. 7 de la antedicha Ley para permitir la doble maternidad legal sin adopción<sup>7</sup>.

Se creó un nuevo título de determinación de otra maternidad, además de la maternidad por naturaleza, pero sometido a unos estrictos requisitos formales, pues se requería además del matrimonio con la madre (y no hallarse ni separada legalmente, ni de hecho), la manifestación por la no gestante del consentimiento previo al nacimiento y ante el Encargado del RC, de que, cuando naciera el hijo de su cónyuge, se determinara su filiación respecto del nacido.

La crítica del TS era un fiel reflejo de lo que un sector doctrinal mayoritario había manifestado tanto en lo relativo a la incoherencia del sistema de filiación, como en la falta de técnica legislativa a la hora de integrar el precepto en el ordenamiento jurídico, reconociendo una «doble maternidad por naturaleza»<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Art.7.3 de la Ley 3/2007 de 15 de marzo «Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido».

<sup>8</sup> Exponentes de ese sentir que califican la norma de estrambótica alterando el sistema y dejando esa figura de la filiación en tierra de nadie alterando el sistema, adoleciendo de falta de cohesión que aboca a los operadores jurídicos a servirse de

En segundo lugar, analiza la Jurisprudencia de la Sala sobre la materia y su tendencia a la flexibilización de los requisitos formales y materiales que concreta en las resoluciones de 5 de diciembre de 2013, y de 15 de enero de 2014, que interpretaron de forma más atenuada los requisitos formales y temporales del sistema de filiación.

La primera posibilita en el régimen de filiación, en aplicación de las técnicas de reproducción asistida, la coexistencia de una ficción biológica y una ficción legal, y así, sustituye la verdad biológica por la voluntad de quien desea ser progenitor. Ambas filiaciones, la materna biológica y la no basada en la realidad biológica, tendrán los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza. Legitima el ejercicio de la acción del art. 131 CC, a quien detente la denominada «posesión del estado de filiación». La posesión de estado integra y refuerza el consentimiento prestado al amparo de LTRHA, a partir de la cual se crea un título de atribución de la maternidad<sup>9</sup>.

La sentencia de Pleno de 15 de enero de 2014, haciéndose eco de la anterior, establece la compatibilidad de la posesión de estado de la mujer homosexual con los principios de la Ley 14/2006 apoyada, entre otros, en los principios constitucionales de igualdad de los hijos o de no discriminación por razón de filiación; de protección de la familia, de los hijos (en su dimensión integral) y de las madres, con independencia de su estado civil; de dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad y del supremo interés del menor. Y refuerza dicha posesión tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción, como en su faceta de medio de prueba de la

---

un sistema de normas que no está pensado para situaciones como la que debe resolverse los encontramos en: QUICIOS MOLINA, S., *Determinación e Impugnación de la Filiación*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 47; BARBER CÁRCAMO, R., «Reproducción asistida y determinación de la filiación», *REDUR*, 2010, pp. 28-30; MUÑOZ RODRIGO, G., «La reproducción asistida y la filiación. Especial referencia al caso de las parejas de mujeres homosexuales», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, p. 380; INIESTA DELGADO, J. J., «La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida», en YZQUIERDO TOLSADA, M., CUENA CASAS, M., (dirs.), *AA. VV., Tratado de Derecho de Familia, V*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 801- 803.

<sup>9</sup> ROJ: STS 5765/2013, ECLI:ES:TS: 2013:5765. En este caso se atiende al consentimiento prestado por la no gestante en la clínica, y la sentencia resuelve atendiendo al interés de las niñas nacidas (y cuya filiación reclamaba la excónyuge de la madre) junto al de la otra hija (previamente adoptada por la no gestante) y el interés de la «unidad y estabilidad familiar entre las tres hermanas que preserve las vinculaciones ya conseguidas entre todas».



filiación reclamada. Ciertamente no hubo unanimidad en esta flexibilización y se dictó un voto particular en el que invocaba la necesidad de que los litigantes hubieran contraído matrimonio dando una interpretación diferente al principio de interés superior<sup>10</sup>.

En este escenario se debe señalar que el contenido de las resoluciones del TS no fueron reflejo de la crítica doctrinal a la norma, pues frente a esa flexibilización, sectores doctrinales se erigieron en una sola voz, calificando de forzada la argumentación del Supremo, que debería ser considerada excepcional y no aplicable a otros casos<sup>11</sup>. Discrepo de dicha posición doctrinal. La interpretación de todos los operadores jurídicos que actúan en los tribunales deviene imprescindible para lo que en realidad debe primar que es la resolución del conflicto cuando la norma aplicable es, como en este caso, precaria y deficiente. El TS, sin apartarse de la norma la interpreta con los instrumentos de los que dispone, que no son otros que los Principios Generales del Derecho y la legislación internacional integrada en el ordenamiento español.

---

<sup>10</sup> ROJ: STS 608/2014, ECLI:ES:TS: 2014:608. En dicha resolución se prima el interés del menor y se proyecta en toda su extensión sobre sobre la vida familiar, con independencia de la naturaleza matrimonial o no de la misma, o al hecho de la generación biológica tomado como principio absoluto». Algún autor considera la admisión del consentimiento tácito deducido del ejercicio por la esposa de la acción judicial de reclamación de maternidad o de la posesión de estado. GÓMEZ PERALS, M., «Doble maternidad legal en parejas homosexuales femeninas», en GARCÍA RUBIO, M. P., (dir.); AMMERMAN YEBRA, Y., GARCÍA GOLDAR, M., VARELA CASTRO, I., (coord.) *Mujer, Maternidad y Derecho*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p.165. Es cierto que existe un voto particular: «La mera invocación de un principio constitucional, en este caso, el interés del menor que debe presidir la interpretación de las normas del ordenamiento jurídico que le afectan, no legitima su aplicación en cualquier sentido, sino en aquel en que de veras se evidencie que opera en beneficio de dicho menor, pues lo contrario sería un mero ejercicio de voluntarismo jurídico». Resulta contundente la afirmación que se contiene en el voto discrepante en cuanto que mas que el interés del menor se atiende a la «aspiración de ser madre» de la demandante.

<sup>11</sup> En este sentido la doctrina califica de peligrosa la interpretación del TS, justificando la resolución en el apego al caso concreto; suponiendo una derogación tácita del régimen de las acciones de filiación. afirmando incluso la alteración del sistema de fuentes, imitando el modelo del realismo jurídico americano MUÑOZ RODRIGO, G., *op. cit.*, p. 386; QUICIOS MOLINA, S., *op.cit.*, p. 67; CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Familia. Casos. Reglas. Argumentos.*, Dilex, 2006, p. 35; GARCIA AMADO, J. A., «¿Interpretación judicial con propósito de enmienda (del legislador)? Acerca de la jurisprudencia sobre el artículo 133 de Código Civil», *Revista La Ley*, 2001, p. 1675.

En tercer lugar, analiza el reflejo de dicha atemperación de requisitos en la legislación aplicable, concretamente en la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, que modificó el art. 7.3 de la LTRHA y el art. 44 de la Ley 20/2011 de 21 de julio de la Ley del Registro Civil<sup>12</sup>.

Siendo esta regulación más flexible suscita sin embargo problemas de interpretación y aplicación, como los referidos al plazo para la declaración, la posibilidad para hacerlo desde el centro sanitario, o la necesidad de aceptación de la comaternidad por la madre. Además, distanciándose de otros sistemas de filiación de derecho comparado, derecho foral<sup>13</sup> y del contenido de Propositiones de ley y de Anteproyectos de ley en el ámbito estatal, la regulación vigente seguía exigiendo que la mujer que prestara el consentimiento para que se determinara la filiación estuviere casada y no separada legalmente o de hecho con la madre biológica<sup>14</sup>.

En ese escenario legislativo y advirtiendo sus deficiencias, la Sala resuelve, de un lado estableciendo el marco normativo en vigor al tiempo del sometimiento de la recurrente a las técnicas de

---

<sup>12</sup> Art. 7.3 de la LTRHA: «Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge».

El art. 44 de la LRC declara: «También constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge».

<sup>13</sup> Art. 235.13 del CCCatalán: «Los hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos del hombre o de la mujer que ha consentido expresamente en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público». La interpretación jurisprudencial, consideraba que dicho precepto era la norma más concorde con el principio del *favor filii*, puesto que no imponía la forma solemne de antaño, en la filiación extramatrimonial, para la expresión del consentimiento efectivo como condición para que del mismo pudiera derivarse el reconocimiento de la filiación paterna en la gestación por reproducción asistida de la mujer (ROJ: SAP B 7724/2018 - ECLI:ES: APB:2018:7724).

<sup>14</sup> La doctrina hace referencia a una reforma irreflexiva, donde solo se han contemplado los problemas prácticos más sonados y acuciantes que había dado lugar el anterior texto y de un parcheamiento de la normativa. MUÑOZ RODRIGO, G., *op. cit.*, p. 386; SERVER VERDERA, R., *La reforma de la filiación. Su nuevo régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 20, 27, 34 y 196.

reproducción asistida, que solo permitía la determinación de la maternidad de la mujer casada con la madre que consintiera ante el Encargado del Registro Civil, siendo el matrimonio, posterior al nacimiento del niño, por lo que la filiación no quedó determinada respecto de la no gestante, que además no instó la única vía entonces posible para la determinación de la filiación: la adopción.

A propósito de la valoración de la posesión de estado, el TS profundiza en los aspectos casacionales que se derivan del interés del menor. La normativa que se relaciona con el supremo interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación con los menores, tal y como se afirma en la STC 141/2000, de 29 mayo, que lo califica como «estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional». Ahora bien, como ya ha sentado la doctrina más autorizada, una cosa es el debate en torno a la aplicación o no de la norma, fundando la decisión en el interés del menor, que sí tiene aspectos casacionales, y otra es la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, que se sustrae a dichos aspectos. La Sala aplica dicha doctrina y parte de que no se trata de cuestionar la prueba ni de atacar los hechos, sino de revisar la valoración que de este interés hace la sentencia a partir de los hechos que han quedado probados, y así, al tratarse de la valoración de una calificación jurídica, la misma puede ser objeto de revisión en casación<sup>15</sup>.

El TS insiste en que no debe existir en ningún caso confusión entre las funciones judicial y legislativa. Es el legislador quien, al establecer el sistema de determinación de la filiación y de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, debe valorar en abstracto el interés superior del menor junto a los demás intereses presentes como lo son la libertad de procreación, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones y la estabilidad del hijo.

Ahora bien, en el supuesto enjuiciado siendo una filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, la Sala valora el interés del menor concreto siguiendo la misma técnica que las precedentes resoluciones a las que se ha hecho referencia, que flexibilizaban los requisitos formales y materiales y así valora de manera conjunta la existencia de

---

<sup>15</sup> La Sala se hace eco de su resolución de 28 de septiembre de 2009 que diferencia los aspectos abstractos y concretos, y enseña cómo se deben ponderar (ROJ: STS 5707/2009, ECLI:ES:TS: 2009:5707).

un proyecto reproductivo en común de las dos litigantes, la posesión de estado como madre de la actora y el interés en juego del menor de preservar la relación con una persona a la que tenían como madre.

¿Cómo se analiza la posesión de estado en el caso concreto? Prescinde del *nomen* y analiza el *tractatus* y la fama. Entiende el alto tribunal que, al tratarse de una reclamación de una filiación extramatrimonial, no sería exigible el *nomen*, pero sí era imprescindible, de un lado, el *tractatus*, concebido como actos de atención y asistencia al hijo inherentes a las funciones propias de madre, y de otro, la fama, definida como una exteriorización constante de la relación de estado, de modo que conformen una apariencia de filiación creada por el ejercicio constante de sus potestades y deberes. En definitiva, era preciso que constaran de manera continua, reiterada, persistente y actual hechos públicos repetidos y encadenados de los que resultaba el goce público de una relación de filiación. Es en ese extremo donde se cumpliría el requisito de posesión de estado «constante» inherente al ejercicio del art. 131 CC.

La Sala concluye que ese proyecto común de formar una familia debería haberse manifestado en dos dimensiones de la posesión de estado, a saber, el consentimiento en la clínica y los actos posteriores al nacimiento. Respecto al primero en nuestro sistema de filiación, el consentimiento de la esposa de la madre es esencial en la determinación extrajudicial de una doble maternidad en el ámbito de la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida cuando se presta con los presupuestos y requisitos legales, pero de acuerdo con la doctrina de la Sala, ello no es suficiente cuando lo que se ejercita es una acción de reclamación de filiación por posesión de estado. Por tanto, ha de ser analizada esa segunda dimensión, esto es la que conforma los actos posteriores al nacimiento.

La sentencia de la Audiencia Provincial, confirmando el criterio de la de Primera Instancia, que no ponderó los actos posteriores al nacimiento por considerarlos irrelevantes y los excluyó del análisis de proyecto familiar común por ser precisamente posteriores-, restó relevancia a los mismos, cuando en realidad eran decisivos para apreciar si existía persistencia, constancia y reiteración en el comportamiento de la demandante aquí recurrida como madre a efectos de apreciar la posesión de estado. En ese análisis de la Sala, la respuesta resulta negativa por cuanto tras la separación, la relación se había limitado a contactos esporádicos, más propios de la amistad con

la madre, con quien tiempo después del divorcio pretendió recuperar la relación ya terminada, que con una relación de maternidad con el niño. La situación de rebeldía de la demandante en el procedimiento de divorcio, abandonando todo intento de solicitar medidas personales y patrimoniales, no se concilia con la idea de persistencia y reiteración que en ningún modo se atenúa con la idea de las transferencias a una cuenta a favor del menor que no comporta una realidad integradora de la posesión de estado de quien como madre asume las necesidades ordinarias y diarias de sus hijos con los requisitos de constancia y exteriorización que se precisan.

En orden al interés superior del menor no se alcanza con el argumento de que el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad recaería en dos personas, ya que ello, de un lado, no se concilia con la idea del sistema familiar actual, cuya nota es de pluralidad donde se incardinan todos los modelos de familia que respetan las reglas constitucionales sin que ello conlleve la necesidad de dos progenitores; de otro, todas las acciones de reclamación de paternidad y maternidad respecto de menores deberían ser estimadas aunque no se dieran sus presupuestos legales y jurisprudenciales; y por último ello no se ajusta a los criterios que ha adoptado la Sala en las tan citadas resoluciones de 2013 y 2014, que atendieron al interés de los menores de preservar la unidad y estabilidad familiar derivadas de una relación materno filial.

En definitiva, no observa el alto Tribunal el beneficio que reportaría para la estabilidad personal y familiar del niño la creación por sentencia de una relación jurídica que no se basa en un vínculo biológico y que no preserva una continuada y vivida relación materno filial de la demandante con el niño, que desde hace años es cuidado exclusivamente por su madre.

En esa misma línea se pronunció la posterior STS de 11 de julio de 2022<sup>16</sup> en la que, admitiendo la relación sentimental entre las litigantes y el cariño que sentía la actora por el hijo de la que había sido su compañera sentimental, eso no la convertía «per se» en madre. Es improcedente y contrario al interés del menor que, tras no haber quedado determinada la filiación por el cauce legal previsto para ello, se fije judicialmente cuando no solo no resulta de una constante relación de maternidad vivida, sino que además es contraria a la

---

<sup>16</sup> ROJ: STS 3002/2022, ECLI:ES:TS: 2022:3002.

voluntad, los deseos, sentimientos y opiniones de un menor ya adolescente, a quien debe reconocerse su derecho a participar en las decisiones progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en una etapa tan fundamental para su vida.

A pesar de los esfuerzos de interpretación flexible la doctrina criticó esa posición jurisprudencial al considerar que se desnaturalizaba la figura de la posesión de estado definida como una situación de hecho en virtud de la cual surge la presunción de que, quien es tratado como hijo, realmente, lo es. En ese orden de cosas, no existe posesión de estado cuando en las uniones de personas del mismo sexo la filiación que se reclama es contradicha por la verdad biológica, «lo cual permite establecer con absoluta certeza, que quien pretende ser progenitor, claramente, no lo es. Se insiste en que se construyen categorías en torno a la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida cuando lo más práctico «sería la creación de una filiación distinta de la natural cuyo título constitutivo fuera la mera voluntad de procrear expresada de la forma legalmente prevista»<sup>17</sup>.

En realidad, la Sentencia analizada no difería mucho de la crítica doctrinal, pues instaba a corregir la deficiente legislación sin traspasar ninguna línea de su función judicial, interpretando y atemperando la norma vigente. Y así, de modo paralelo, el prelegislador contempló esa necesidad de corrección.

### **3. La corrección de la deficiencia: del Anteproyecto al Proyecto de Ley 121/000113 para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI de 12 de septiembre de 2022**

El precedente Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, aprobado en el Consejo de Ministros el 27 de junio de 2022,

---

<sup>17</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida: reflexiones críticas a raíz de la jurisprudencia recaída sobre la materia, *diario La Ley*, 2022, p. 16.

modificaba el sistema de filiación en la doble maternidad, en los preceptos que le afectaban del CC y de la LRC, siendo en este extremo valorado positivamente en la Memoria del Análisis del Impacto Normativo y en los dictámenes preceptivos emitidos por el Consejo de Estado; Consejo General del Poder Judicial; Consejo Económico y Social y Consejo Fiscal.

Dos son los aspectos que se examinarán: la modificación terminológica y la erradicación de la situación discriminatoria.

Con relación al cambio en la nomenclatura, en el Anteproyecto se sustituyen los vocablos «padre y madre» por «progenitores», «progenitor gestante» y la referencia a la «paternidad» por la de «filiación del padre o progenitor no gestante», que la Memoria de impacto y el dictamen del Consejo Económico y Social valoran positivamente. La primera, abundando en ello, hace una especial descripción de las mujeres lesbianas, trans, bisexuales e intersexuales, que acuña bajo las específicas siglas LTBI y que señala sufren discriminación interseccional o múltiple, que permite justificar la modificación terminológica y que atiende a la diversidad de modelos familiares reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico, dando cabida a las parejas del mismo sexo y a sus familias<sup>18</sup>.

Existe, sin embargo, una discrepancia en el dictamen del Consejo de Estado respecto a la expresión «progenitor gestante» cuando se aplica a la madre, al entender que su uso no se acomoda exactamente a la realidad. «El progenitor gestante» será siempre, atendiendo a la máxima paulina *mater semper certa est*, la madre, con independencia del género del otro progenitor -hombre o mujer- o incluso cuando este sea desconocido. Considera que debía evitarse el uso del término «progenitor gestante» y mantener la referencia a la madre en los arts. del CC que regulan la filiación<sup>19</sup>. El CGPJ hace a su vez una precisión sobre la nomenclatura, que recoge en sus apartados 267 y 279 que trasciende del ámbito terminológico, ya que, a su entender, los términos tienen un alcance conceptual y de contenido, por cuanto prescinden del componente del género y sirven para contemplar las

---

<sup>18</sup> Memoria de Análisis de Impacto Normativo de 26/06/2022 p. 52; Dictamen del Consejo Económico y Social, N° 1/2022 aprobado el 26/01/2022, p. 19 y 20.

<sup>19</sup> BOE 901/2022 de 23/06/2022. La expresión «progenitor no gestante» puede resultar cuestionable en arts. como el 137, que tiene por objeto la impugnación de la paternidad.

situaciones de transexualidad y de relaciones conyugales o de pareja entre personas del mismo sexo<sup>20</sup>.

En lo relativo a consideración de la doble maternidad en caso de parejas de mujeres no casadas, existe unanimidad en todos los dictámenes en los que se reconoce que la modificación del CC y de la LRC termina con la discriminación histórica que obligaba a las mujeres a casarse, reconociendo la filiación en los casos de parejas de mujeres lesbianas que no hayan contraído matrimonio. Se corrige de manera integral y con amplitud de perspectiva una situación injusta que como miembros de pleno derecho sufrían las personas LGTBI en su vida cotidiana.

El Proyecto de Ley 121/000113 establece en sus Disposiciones Finales primera, apartado cinco, *Modificación del Código Civil*; y duodécima, apartado uno, *Modificación de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil* una nueva redacción a los arts. 120 del CC y 44 de la LRC sobre la filiación no matrimonial, erradicando la discriminación cuando se trataba de dos mujeres<sup>21</sup>.

La unanimidad se ve reflejada en el análisis de las Enmiendas realizadas sobre dicho Proyecto, en las que no se observa alguna referida a este aspecto concreto, si bien de modo transversal sí se

<sup>20</sup> Informe del pleno del CGPJ de 20 de abril de 2022, pp. 100 y 106.

<sup>21</sup> BOCG, Serie A, Núm.113-1 12 de septiembre de 2022. Proyecto de Ley 121/000113. Art. 120 CC. «La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente: 1.º En el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre o progenitor no gestante en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil. 2.º Por el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público. 3.º Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil. 4.º Por sentencia firme. 5.º Respecto de la madre o progenitor gestante, cuando se haga constar su filiación en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil».

Art. 44 de LRC «La filiación del padre o de la madre no gestante en el momento de la inscripción del hijo, se hará constar: a) Cuando conste debidamente acreditado el matrimonio con la madre gestante y resulte conforme con las presunciones de paternidad del marido establecidas en la legislación civil o, aun faltando aquellas y también si la madre estuviere casada con otra mujer, en caso de que concurra el consentimiento de ambos cónyuges, aunque existiera separación legal o de hecho. b) Cuando el padre o la madre no gestante manifieste su conformidad a la determinación de tal filiación, siempre que la misma no resulte contraria a las presunciones establecidas en la legislación civil y no existiere controversia. Deberán cumplirse, además, las condiciones previstas en la legislación civil para su validez y eficacia».



discrepa en varias de ellas sobre la nomenclatura que, sostienen, oscurecen la existencia del sexo biológico. En concreto la Núm. 299 proponía una modificación a todo el proyecto, eliminando los términos contenidos en la nueva redacción propuesta por el Proyecto de Ley de «progenitor gestante», «progenitor no gestante», «progenitor que conste como gestante» y «cónyuge supérstite gestante»<sup>22</sup>.

#### **4. El precario sistema de filiación en la diversidad sexo genérica: personas no binarias, intersexuales y personas trans gestantes**

Así como en la doble maternidad el Proyecto de Ley erradicó el desequilibrio existente entre parejas de personas de diferente sexo y las del mismo cuando estas últimas eran mujeres y no estaban casadas, y se mantuvo conteste con el Anteproyecto, también atendió a las demandas de la sociedad española respecto a la diversidad sexo genérica, si bien de modo parcial y con mayores discrepancias.

En el *iter* prelegislativo que se ha examinado, en concreto en los Anteproyectos de 2 de febrero de 2021 del Ministerio de Igualdad se contemplaban los derechos de las personas no binarias, los derechos de las personas intersexuales y de las personas trans gestantes. En el Anteproyecto aprobado por el Consejo de Ministros desaparece la referencia a las no binarias, omisión que recuerdan la Memoria y los diferentes dictámenes, y se mantienen las de las personas intersexuales y de las personas trans. El Proyecto que se somete a Enmiendas recuerda, en algunas, de ellas la ausencia de referencia a las personas

---

<sup>22</sup> Enmiendas e índice de Enmiendas al articulado BOCG Serie A, Núm113-2 30 de noviembre de 2022, Proyecto de Ley121/000113 para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. En relación con la DF primera. Modificación del Código Civil, constan tres Enmiendas: las Núms. 341 y 343 y la núm. 38; y sobre la DF duodécima, a propósito de la Modificación de la Ley 20/2011 sólo existe la Enmienda núm. 40. En ninguna de ellas se hace referencia alguna a la necesidad de modificar precepto alguno en relación con la doble maternidad.

no binarias y discrepan abiertamente de la denominación persona trans.

En relación con las personas no binarias nada se ha resuelto. El borrador del Anteproyecto de ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans del Ministerio de Igualdad, en su Disposición Adicional Segunda bajo la rúbrica *Género no binario* instaba al gobierno a remitir en el plazo de un año a las Cortes generales un informe sobre las eventuales modificaciones normativas a emprender derivadas, en su caso, del reconocimiento del género no binario, desapareciendo en el Anteproyecto aprobado en junio de 2022 por el Consejo de Ministros, siendo ello objeto de valoración en los diversos dictámenes y en la Memoria de Impacto.

En la Memoria se hace constar, en el trámite de consulta pública que son numerosas a las aportaciones que reclaman la actualización de los formularios administrativos para incluir un tercer género no binario, solicitando la eliminación de la mención del sexo en el DNI, así como la necesidad de que, en la futura ley, existiera un tercer marcador de género. El CGPJ muestra una cierta cautela por la ausencia de referencia a las personas no binarias en relación con las regulaciones existentes en otros Estados, como Alemania, Canadá, Malta o Dinamarca en las que se visibiliza el no binarismo en documentos oficiales<sup>23</sup>.

En el mismo sentido, las Enmiendas al Proyecto insisten en la exclusión discriminatoria de las personas no binarias tanto en la definición de persona trans del art. 3, como su derecho a la inscripción en blanco de la mención de sexo y en los documentos administrativos oficiales de los arts.14 y 39<sup>24</sup>.

Los derechos de las personas intersexuales, su definición y la modificación en orden a la moratoria de la inscripción del nacimiento, se establece ya desde uno de los Anteproyectos del Ministerio de Igualdad que los integra dentro de las personas LGTBI especialmente vulnerables<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Memoria de Análisis de Impacto normativo, pp. 37 y 38; Informe del CGPJ Apartados 104 y vigesimosegundo, pp. 38 y 115.

<sup>24</sup> BOCG Serie A, Núm113-2 30 de noviembre de 2022, Proyecto de Ley121/000113 Enmiendas Núms.84;117;127;151; 167: 211 y 267, pp. 66;84; 90;109;118;144 y 184.

<sup>25</sup> En el art. 75.2 del Anteproyecto de 2 de febrero de 2021 para la igualdad de las personas LGTBI y para la no discriminación por razón de orientación sexual, identidad de género, expresión de género o características sexuales, ya se recogía el

El Anteproyecto aprobado el 27 de junio de 2022, destaca la importancia de la inscripción de los hijos intersexuales y el derecho de los progenitores a solicitar que la mención registral del sexo figure en blanco por el plazo máximo de un año que era destacado en la Memoria y en el dictamen del Consejo Económico y Social, instando las correspondientes modificaciones en la LRC en materia de inscripción de nacimiento y filiación.

La Memoria en su Anexo I resume, en el trámite de consulta pública, las aportaciones que la futura ley debía recoger, prohibiendo las cirugías de normalización genital neonatal, demandando la creación de unidades de atención biopsicosocial integral e itinerarios individualizados. No obstante, el Informe del CGPJ en su apartado 208, advierte lo precario del plazo del año. Incluso el informe del Consejo Fiscal de 18 de septiembre de 2022 considera innecesario el apartado b) del art. 72 y entiende que el aplazamiento en la inscripción debería ser hasta la pubertad estableciendo la necesidad de abordar el concepto «tercer género». En el Proyecto de Ley se consolida la erradicación de la emergencia jurídica de adjudicación de la mención del sexo si bien las discrepancias se circunscriben al plazo del año durante el cual los progenitores pueden mantener la mención en blanco, interesando tres e incluso diez<sup>26</sup>.

Por último y siguiendo la misma metodología que en las situaciones anteriores sobre la diversidad sexo genérica el sistema de filiación atiende también a las personas trans. Ya en los dos preámbulos de los borradores de los Anteproyectos del Ministerio de Igualdad se abordaban el sistema de filiación desde la perspectiva del derecho a la autodeterminación de género y la necesidad de dar respuesta a las complejas situaciones que experimentan las personas trans reconociendo sus múltiples itinerarios y formas de vivir; y así en la Disposición Final tercera del borrador específico de las personas trans se consigna la modificación de la LTRHA para extender los

---

derecho que asistía a los progenitores de común acuerdo para solicitar que la mención del sexo figurara en blanco.

<sup>26</sup> Informe del Consejo Fiscal y Voto Particular al Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas de 28 de septiembre de 2022, pp. 27, 28 y 104. BOCG Serie A, Núm113-2 30 de noviembre de 2022, Proyecto de Ley 121/000113, Enmiendas Núm. 65; 70; 86; 79; 92; 120; 123; 124; 132;173; 174; 175; 176; 230; 277; 288 y 304, relativos a los arts. 19, 71 y Exposición de Motivos, pp. 57; 64; 155; 190; 198 a 207.

derechos que regula a las «personas trans con capacidad para gestar» y señala que la referencia a marido debe «extenderse a cónyuge no gestante»; y en el borrador para la igualdad y no discriminación de las personas LGTBI se hacía referencia a las Disposiciones Finales primera, quinta, décimo sexta y vigésimo cuarta que modificaban el CC, la LEC, la LTRHA y la LRC adaptando la legislación civil a la diversidad familiar y a la existencia de hombres con capacidad de gestar, instando la modificación terminológica.

La Disposición Final duodécima del Anteproyecto de junio de 2022 recogía el término «persona trans gestante». Sobre la misma sí han existido diversas recomendaciones y discrepancias. La Memoria específica que el término de madre biológica incluye también a las personas trans gestantes. En el dictamen del Consejo Económico Social, se recomienda incluirlo expresamente en los permisos de nacimiento, adopción del progenitor diferente a la madre biológica. Y aconseja que la misma precisión debería incorporarse en la Disposición Transitoria decimotercera del Estatuto de los Trabajadores, relativa a la aplicación de su art. 48, cuando se hace referencia a la madre biológica. El Consejo de Estado sugiere reconsiderar el término «persona trans gestante». En la misma línea el Consejo Fiscal hace referencia a los problemas de interpretación que en la práctica conllevará la definición «persona trans», «LGTBI y sus familias», y «sexo afectiva y familiar»<sup>27</sup>.

El Proyecto de Ley recoge el término, y las Enmiendas Núms. 299 y 323, bajo la justificación de la mejora técnica, pretende erradicar vocablos que confunden el concepto de sexo biológico, instando la supresión de aquel<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> DF duodécima, apartado 6 del Anteproyecto: «Podrá inscribirse la filiación mediante expediente aprobado por el Encargado del Registro Civil, siempre que no haya oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente, si concurre alguna de las siguientes circunstancias (...)3.ª Respecto de la madre o persona trans gestante, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo»; El Consejo de Estado «Sugiere reconsiderar la expresión y referencias a la persona trans gestante en la disposición final decimotercera».

<sup>28</sup> BOCG Serie A, Núm.113-2 30 de noviembre de 2022, Proyecto de Ley 121/000113, Núms.299 y 323, pp. 204 y 218. Curiosamente, la Enmienda 321 (p.217) del mismo grupo parlamentario, que proponía la modificación del párrafo 28<sup>o</sup> del párrafo II de la Exposición de Motivos mantenía el término.

La Comisión de Igualdad en su Sesión celebrada el 12 de diciembre de 2022 ratificó el informe de la ponencia debatida con las Enmiendas incorporadas por 21 votos a favor, 14 en contra y una abstención. El siguiente trámite tuvo lugar el 22 de diciembre de 2022 en el Pleno del Congreso siendo aprobado por 188 votos a favor, 150 en contra y 7 abstenciones. La norma será remitida al Senado para que prosiga su tramitación parlamentaria.

De lo que se ha examinado en este apartado, las Enmiendas relativas al reconocimiento de las personas no binarias para que pudieran omitir la mención relativa al sexo en sus documentos oficiales fue rechazado.

## 5. Conclusiones

El Proyecto de Ley aprobado en la cámara baja tiene un claro efecto positivo en el concepto plural de familia, pero su proyección en ésta será más intensa en el ámbito de la diversidad afectivo sexual que en la sexo genérica.

Respecto a la doble maternidad, había una demanda de la jurisprudencia del TS de legislar ante la imposibilidad de mayores interpretaciones para conseguir el equilibrio y no discriminación respecto a las uniones de mujeres que, con un proyecto familiar decidían no contraer matrimonio.

No es nueva esa «fatiga jurisprudencial». Ya se observó en el último tercio del siglo pasado, a propósito de la rectificación de la mención del sexo de las personas trans y la consiguiente promulgación de la Ley de 2007.

En orden a la diversidad sexo genérica, sorprende que siendo la mayor fuente de discrepancia el ámbito de aplicación del Proyecto de Ley y la consiguiente discusión terminológica, no se hubiera tenido presente la incipiente construcción doctrinal sobre la realidad trans contenida en la STC 67/2022 de 2 de junio, y que solo recoge la Enmienda Núm. 137.

En la tramitación, los conceptos sexo, género, identidad de género y trans han sido continuamente debatidos. La idea de la debilitación del concepto de sexo jurídico no es nueva y se recoge en la

Jurisprudencia del TS de los años ochenta que debería estar más presente en el debate.

Comparto con CERVILLA GARZÓN que este derecho «en fase de construcción» debe atender al derecho a la identidad de género como núcleo vertebrador del debate. Y precisamente la STC de 2022 recoge este sentir en su construcción doctrinal, clasificando sexo y género como términos no sinónimos, pero no excluyentes, y definiendo, no sin cierta dificultad, la realidad trans en una acepción amplia en la que, por cierto, se integran las personas no binarias.

Además, hubiera sido deseable que se atendiera a la propia pluralidad de la terminología de las legislaciones autonómicas en orden a obtener una nomenclatura uniforme. Ha sido siempre una constante la diferente velocidad entre aquella y la legislación nacional.

El interés del menor y la seguridad jurídica han de estar presentes como principios generales del derecho en la interpretación de ese nuevo sistema de filiación en el que se integran los derechos de las personas LGTBI. Diálogo civil y Seguridad jurídica han de ir de la mano para lograr el efectivo ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad del individuo.

En lo atinente al expreso sistema de filiación la realidad de quien ha modificado su mención registral de sexo de mujer a varón y ha gestado y dado a luz a un hijo/a no es un supuesto de laboratorio sino una realidad que ha de resolverse con un sistema de filiación que lo ampare y un término que lo delimite. Persona trans gestante resulta una correcta acepción. Se hará necesario el estudio del desarrollo reglamentario que implica este modo de entender el sistema y su conciliación con la máxima paulina.

Las personas intersexuales son personas en situaciones especiales y no vulnerables, como se clasifican en el Proyecto. Lo que se vulneran son los derechos inherentes de las personas y no ellas mismas. La erradicación de la emergencia jurídica que reclamaba la legislación registral planteará el problema de los plazos.

La Agenda 2030 no es ajena a esa pluralidad de modelos de familia ni a los derechos de las personas excluidas del orden binario tradicional. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) Núms.10 y 16 suponen un mandato transversal para reducir las desigualdades de todos los individuos sin olvidar a los no binarios, e implica un marco necesario para impulsar y hacer efectivas las políticas nacionales.

## Bibliografía

BARBER CÁRCAMO, R., «Reproducción asistida y determinación de la filiación», *REDUR*, 2010, pp. 28-30.

CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Familia. Casos. Reglas. Argumentos.*, Dilex, 2006.

CERVILLA GARZÓN, M. D., «La transexualidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos apuntes sobre una evolución» *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2021.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida: reflexiones críticas a raíz de la jurisprudencia recaída sobre la materia, *diario La Ley*, 2022.

FERREIRO GALGUERA, J., «Acuerdos de 1992 con las minorías religiosas: 30 años después» *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXVIII (2022).

FERREIRO GALGUERA, J., «El derecho a portar símbolos religiosos como manifestación de la libertad religiosa» en *El velo islámico y los derechos fundamentales de la mujer Fundación Canis Majoris*, Madrid 2020.

INIESTA DELGADO, J. J., «La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida», en YZQUIERDO TOLSADA, M., CUENA CASAS, M., (dirs.), AA. VV., *Tratado de Derecho de Familia*, V, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

GARCIA AMADO, J. A., «¿Interpretación judicial con propósito de enmienda (del legislador)? Acerca de la jurisprudencia sobre el artículo 133 de Código Civil», *Revista La Ley*, 2001.

GÓMEZ PERALS, M., «Doble maternidad legal en parejas homosexuales femeninas», en GARCÍA RUBIO, M. P., (dir.); AMMERMAN YEBRA, Y., GARCÍA GOLDAR, M., VARELA CASTRO, I., (coord.) *Mujer, Maternidad y Derecho*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MUÑOZ RODRIGO, G., «La reproducción asistida y la filiación. Especial referencia al caso de las parejas de mujeres homosexuales», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018.

MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L. F., «El artículo 44.5 de la Ley del Registro civil y la doble maternidad a la luz de la resolución de 8 de febrero de 2017 de la RGRN».

QUICIOS MOLINA, S., *Determinación e Impugnación de la Filiación*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

SERVER VERDERA, R., «Comentarios a los artículos 7 y 8 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida» en COBACHO GÓMEZ, J. A. (dir.), INIESTA DELGADO, J. J. (coord.), AA.VV, *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

SERVER VERDERA, R., *La reforma de la filiación. Su nuevo régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.



# Divorcios, afectos, cuidados y patrimonio en la relación materno-filial. Un análisis histórico jurídico con perspectiva de género

María Isabel Núñez Paz

**RESUMEN:** La posición jurídica de las madres en las familias cambia paralelamente a las limitaciones que sufre el poder del *paterfamilias* en la antigua Roma, dando lugar a diversos criterios de cuidado, educación y custodia de los hijos durante el matrimonio y con posterioridad a su disolución. La *patria potestas* cambia a lo largo de un ordenamiento jurídico de más de trece siglos hasta convertirse en un poder mesurado que refleja el desarrollo social ético y jurídico. Si bien la *auctoritas* del Derecho romano se usa a veces para justificar intereses opuestos, se propone una interpretación ajustada a los textos clásicos.

**ABSTRACT:** La condizione giuridica delle madri nelle famiglie evolve alla stregua delle limitazioni al potere del *pater familias* nella antica Roma, con diversi criteri di cura, educazione e affidamento dei figli durante il matrimonio ed a seguito il suo scioglimento. La *patria potestas* cambia (nell' ambito di un ordinamento giuridico costituito per circa tredici secoli) fino diventare una *potestas* non smisurata ma limitata in maniera da rispecchiare gli sviluppi etici, giuridici ed economici. Sebbene la *auctoritas* del diritto romano è usata frequentemente per giustificare atteggiamenti opposti, si propone una interpretazione aderente alla portata dei testi classici.

**SUMARIO:** 1. Planteamiento. - 2. Madres y tareas reproductivas en el ámbito familiar: los afectos al margen del Derecho. - 2.1. Procreación y matrimonio. - 2.2. Las molestias del matrimonio y el divorcio. - 2.3 El aborto y la adopción consoladora. - 2.4. Matronas cuidadoras de prole, educadoras y cesionarias de vientres. - 3. Custodia materna, prestación de alimentos e interés superior del

menor. - 3.1. El senadoconsulto *de liberis agnoscendis* y el Senadoconsulto Planciano. - 3.2. El interés superior del menor de Diocleciano a Justiniano. - 3.3. La larga pervivencia del control sobre la prole a través de la *causa honoris*.

## 1. Planteamiento

En la formación de las ideas y las normativas vigentes influye no sólo la educación que secularmente hemos recibido, sino también, y de un modo determinante, el modo en que se nos ha legislado. También son relevantes los análisis doctrinales y la propedéutica a través de la que se ha transmitido la historia jurídica. En definitiva, las mujeres (y todos en general) nos percibimos tal y como hemos sido descritas, desde el origen del Derecho en Roma. Si partimos de que la actual Europa se conformó a partir de los postulados sociales y jurídicos de la antigüedad grecorromana sería conveniente desterrar de las actuales regulaciones algunas normas, e incluso instituciones, cuya inutilidad solo se comprende conociendo las causas de su originaria existencia.

Cuando, desde una perspectiva de género, se plantea la necesidad de estudiar con una mayor integración la historia, se descubre la ocultación de las labores no solo reproductivas sino también productivas de las madres que siempre trabajaron y cuya mano de obra permitió el progreso social y convirtió a Roma en potencia económica universal. Por otra parte, la naturalización de la biología femenina y el llamado «oficio de madre» han sido recursos utilizados para mantener interesadamente un determinado orden de valores. Desde la consagración del binarismo tradicional (varón-mujer) madre se relaciona con parto y cuidado de hijos en un recinto doméstico en el que no se perciben retribuciones, mientras que padre equivale a poder económico y relevancia jurídica.

En el artículo 39 de la Constitución española, se menciona la necesidad de protección jurídica y económica de la familia. Pero, en el desarrollo de textos normativos de menor jerarquía, se detectan criterios de orden público familiar aún cercanos a la vieja *pax deorum* que difícilmente se compaginan ya con necesidades de nuestros tiempos. La relación materno filial aparece como un vínculo diferente

de la relación paternofilial, cuya pervivencia se hace presente en normas e interpretaciones de jueces y otros operadores sociales.

En las líneas que siguen se hace referencia al valor de la reproducción. Las madres que importan al Derecho romano son en un primer momento paridoras y cuidadoras cuya *auctoritas* se aleja del prosaico trabajo manual. Más tarde, cuando el cobro por todo tipo de servicios deja de estar socialmente denostado, entonces se les exige una atención de contenido patrimonial y un cuidado específico sobre su prole. La patria potestad, nunca ejercida en femenino en el mundo antiguo cambia a lo largo de los siglos. Las mujeres aparecen en adopciones, ejerciendo la guardia y custodia de hijas e hijos, en supuestos de divorcio y asumiendo obligaciones alimentarias. Pero la misma diacronía del sistema permite percibir que los avances históricos no se producen de modo lineal y que el poder reproductivo de las mujeres les confiere un plus de responsabilidad llegando a situarlas en situaciones de discriminación al recaer sobre ellas la responsabilidad del control del linaje en el marco de un *iustum matrimonium* o matrimonio legítimo. Uno de los riesgos que impiden el progreso jurídico se encuentra en ningunear el pasado como una rémora histórica absolutamente superada. Si se cambian las leyes, pero permanecen las ideas que sirven de sustrato a su interpretación vuelve a situarse en primer término la máxima de Horacio: *leges sine moribus vanae proficiunt*.

## **2. Madres y tareas reproductivas en el ámbito familiar: los afectos al margen del Derecho**

### **2.1. Procreación y matrimonio**

El principio de procreación como fin del matrimonio se configura en tiempos cristianos; pero ya en el mundo romano era evidente que la filiación requería de un marco jurídico institucional. Se mantiene el matrimonio a lo largo de los siglos como institución privilegiada y benefactora en la que el «oficio de madre», resulta determinante y

configura la familia como recinto controlado por el Estado a través del padre pero que no puede constituirse sin la madre.

Cicerón considera que el instinto natural de procreación común a todos los seres vivos hace que la sociedad fundacional del Estado esté en el coito matrimonial, y que con posterioridad se conforme una segunda sociedad a través de la prole. En tercer término, se constituiría, conforme a la idea ciceroniana, la sociedad como comunidad de vida donde se ponen en común los bienes. Por ello la familia aparece como semillero del Estado (*seminarium rei publicae*)<sup>1</sup>. Siglos después las fuentes jurídicas mantienen esta idea:

*Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit. Nam ius istud non humani generis proprium, sed ómnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est, hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonio appellamus, hic liberorum procreatio hinc educativo: D. 1.1.1-3 (Ulp. 1, Inst.).*

La idea romana del matrimonio constituido por un varón y una mujer, que consienten en la creación y mantenimiento de una situación de hecho convivencial con vistas a la filiación legítima y con consecuencias patrimoniales trasciende a lo largo de los siglos y de algún modo se mantiene en la obra legislativa más romanizada y completa de la Edad Media, Las Partidas de Alfonso X el Sabio del siglo XIII:

*Matris y munium son dos palabras del latín de que tomó nombre matrimonio, que quiere tanto decir en romance como oficio de madre. Y la razón de por qué llaman matrimonio al casamiento y no patrimonio es esta: porque la madre sufre mayores trabajos con los hijos que no el padre, pues comoquiera que el padre los engendre, la madre sufre gran embargo con ellos mientras que los trae en el vientre, y sufre muy grandes dolores cuando ha de parir y después que son nacidos, lleva muy grandes trabajos en criarlos ella por sí misma, y además de esto, porque los hijos, mientras que son*

---

<sup>1</sup> \*Catedrática de Derecho romano en la Universidad de Oviedo [npaz@uniovi.es](mailto:npaz@uniovi.es) Esta publicación se adscribe al Proyecto PID2021-123452OB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER, UE, en los términos del artículo 37 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (BOE nº 131, 2-VI-2011).

*Nam cum sit hoc natura commune animantium, ut habeant libidinem procreandi, prima societas in ipso coniugio est: proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia id autem is principium et quasi seminarium rei publicae (Cic. De off. 1, 17, 53-58).*

*pequeños, más necesitan la ayuda de la madre que del padre. Y porque todas estas razones sobredichas caen a la madre hacer y no al padre, por ello es llamado matrimonio y no patrimonio. (Partida IV, título 1, ley 2).*

*Provecho muy grande y muchos bienes nacen del casamiento, y aun sin aquellos, señaladamente se levantan de él tres: fe y linaje y sacramento (Partida IV, título 1, ley 3)<sup>2</sup>.*

Partimos de la desigualdad básica de los seres humanos en la antigua Roma, donde la diferencia de *status* confería más o menos derechos y la discriminación era la norma. La necesidad de controlar la filiación de las familias que importaban al Derecho determina el tipo de sociedad que se configura a partir del matrimonio.

Nada tienen que ver los afectos con el origen de la institución jurídica. En el Derecho romano republicano y clásico la *affectio maritalis* como consentimiento matrimonial de los cónyuges, más o menos libremente otorgado, es equivalente a la *affectio societatis* que perfecciona el acuerdo destinado a poner en común bienes y actividades de trabajo en el contrato de sociedad; cuya finalidad es obtener un resultado ventajoso para los socios. Los sentimientos y afectos de varones y mujeres son apartados en función de un bien superior: el de la patria, raíz etimológica que se comparte con los vocablos *pater* y *patrimonio*. Las fuentes son pródigas en este sentido. Recordemos que el inoportuno amor de Horacia por un enemigo Curiacio justifica su feminicidio tal y como constata Livio<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> A pesar de - como dice la Introducción del Libro de las Partidas - "haberse librado, expurgado y omitido las supersticiones de Derecho romano"; *Partidas de Alfonso X el Sabio*, edición de VIZCAÍNO PÉREZ, V., (1784: 100-106). MONTANOS FERRÍN, E., «La mujer. Tomo I. Disposiciones jurídicas en la Historia de la Corona de Castilla y en la legislación codificada española», *Derecho Histórico*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, pp. 91-122; *infra*, nota 17.

<sup>3</sup> La muerte de Horacia a manos de su hermano es una muerte ejemplar de modo que en lo sucesivo cualquier mujer romana sabría lo que le esperaba si osaba llorar a un enemigo *sic eat quaecumque romana lugebit hostem*. Liv. 1.26.6. 9: *homines sunt in eo iudicio maxime Publio Horatio patre proclamante se filiam iure caesam iudicare, ni ita esset patrio iure in filium animadversurum fuisse*; Sobre la consideración del delito de como alta traición o *perduellio*, WATSON, A., «The death of Horatia», *The Classical Quarterly*, 1979, pp. 436-447; NÚÑEZ PAZ, M.L., «Dos memorias de mujer y violencia en el alto imperio. De la memoria *damnata* de Livilla al epitafio *manu mariti crudelissimi* de Iulia Maiana», *RIDA, Revue internationale des droits de l'antiquité*, 2020-2021, pp. 166-167.

## 2.2. Las molestias del matrimonio y el divorcio

También lejos de los afectos se sitúa el repudio que Spurio Carvilio Ruga envía a su amadísima esposa infértil el año 233 a. C. El jurista Servio Sulpicio Rufo en el siglo II recuerda el vicio de la esterilidad de la esposa. Así pasa a la historia jurídica como primer repudio, referente de moralidad y ejemplo para generaciones futuras<sup>4</sup>.

El proveer a la patria de hijos e hijas que fortalezcan el Estado ciudad republicano es una obligación ciudadana que se evidencia en el discurso «*De prole augenda*», atribuido al censor Quinto Cecilio Metelo Macedónico en el año 131 a.C., «Si nosotros, Quírites, pudiésemos vivir sin esposas ninguno aceptaría las molestias del matrimonio. Pero puesto que la naturaleza ha impuesto durante generaciones, por una parte, que no podamos vivir con mujeres sin experimentar desagrado y, por otra, que no se pueda vivir sin ellas, es necesario esforzarse por disfrutar de una tranquilidad permanente en lugar de un placer poco duradero». La idea se mantiene en la bien conocida legislación con fines demográficos de Octavio Augusto. Las leyes *Iulia de maritandis ordinibus* (a.17 a.C.) y la *lex Papia Poppaea nuptialis* (a.9 d.C.) son descriptivas de la importancia de la procreación en el mundo romano. Las mujeres fértiles que tenían tres hijos si eran ingenuas y cuatro si eran libertas gozaban del *ius liberorum*, de beneficios civiles y fiscales y podían ser eximidas de tutela. Si no los tenían, podían ser válidamente nombradas herederas, pero no podían aceptar la herencia, y la parte proporcional de bienes que les hubiera correspondido se ofrece por derecho de acrecer a las otras personas contempladas en testamento que sí tienen esa capacidad, o iban a parar al fisco. Significativas resultan también en este sentido las prescripciones del Senadoconsulto Calvisiano *de matrimonio impari*, del año 61, al establecer que el matrimonio impotente o incapaz de procrear priva de derechos a la dote a la esposa que hubiere llegado a la edad de la menopausia. Si bien el trato es diferente cuando es el varón quien no puede engendrar,

---

<sup>4</sup> Tácito, *Ann.*, 3, 22, Suetonio, *Ner.* 35.2; Aulo Gelio, *Noctes Att.* 4, 3, 2. GIUNTI, P., *Consors vitae. Matrimonio e repudio in Roma antica*, Giuffrè, Milán, 2004; cfr. «La colpa della sterilità», pp. 83-14; pp. 446-459.

queda claro que el matrimonio infecundo resulta irrelevante para el derecho. (*Tam masculus pubes quam femina potens* <sup>5</sup>)<sup>6</sup>.

La irrelevancia de los afectos frente a los deberes de Estado la sufre el mismo sucesor de Octavio Augusto, Tiberio, quien llora desconsolado al verse obligado a divorciarse de Vipsania, su auténtico amor, cuando los intereses de Estado le hacen casarse con Julia. Lejos de los afectos maternofiliales se sitúa también el comportamiento de una mujer ejemplar, Antonia *Minor*, sobrina de Octavio quien se avergüenza de la discapacidad de su hijo (que sería después el emperador Claudio) y pudo haber aplicado ella misma, con el beneplácito del Senado, la pena de muerte a su hija Livilla, por razones de Estado <sup>7</sup>.

La vigencia de la legislación caducaria de Octavio Augusto se extiende hasta Constantino y es derogada por Justiniano en el año 534, que la considera manifestación de la antigua «calamidad de la guerra»; si bien las prohibiciones y los impedimentos matrimoniales

---

<sup>6</sup> Las leyes augusteas se sitúan el marco general de discriminación patrimonial por razón de género en el que se encuadra, entre otras leyes de menor trascendencia, la *lex Voconia* testamentaria del año 169 a. C. que impidió a las mujeres ser instituidas herederas de ciudadanos con un patrimonio superior a los cien mil ases, frenando así los excesos de amor traducido en bienes patrimoniales de los padres hacia sus hijas; D. 23, 2, 1 (Mod. 1 reg.); SPAGNUOLO VIGORITA, T., *Casta domus: Un seminario sulla legislazione matrimoniale augustea*, Jovene, Nápoles, 2010, pp. 15 y ss.; DALLA, D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, Giuffrè, Milán, 1978, p. 259; *Tam masculus pubes quam femina potens sit* (Tit. ex corpore Ulpiani 5.2) GUTIÉRRES MASSON, L., «*Matrimonium impar: discriminación terminológica y conceptual del matrimonio de la mujer madura en Roma*», en RUBIERA CANCELAS, C. (dir.), *Las edades vulnerables. Infancia y vejez en la antigüedad*, Trea, Madrid, 2018, pp. 334-341; Cantarella, E. «*Woman and Patriarchy in Roman Law*» *Oxford Handbook of Roman Law and Society*, ed P.J. du Plessis, C. Ando, K. Tuori, Oxford University Press, Oxford N. York., 2016, pp. 424-430.

<sup>7</sup> Tac *Ann.* 1, 12; Dio Cas, *Hist.* 57-16; Al parecer Antonia debió considerar un castigo de los dioses tener que educar a un ser tan peculiar. Recordemos que la palabra era el mayor símbolo de humanidad y que la "figura humana" era un requisito fundamental requerido desde los primeros tiempos de Roma para poder ser acogido en la sociedad y en su mundo jurídico; la madre encontraba desesperantes las dificultades para una correcta expresión del hijo, así como sus excesos verbales, y afirmaba en público que el máximo de la estulticia consistía en ser más tonto que su propio hijo Claudio. Suet *Claudio* 3.2: *Mater Antonia portentum eum hominis (esse) dicitabat, nec absolutum a natura, sed tantum incohatum; ac si quem socordiae argueret, stultiorem (esse) aiebat filio suo Claudio*; Tac. *Ann.* 3, 18 ; Tac. *Ann.* 2, 50.

tomaron otras formas legales a partir de los sucesivos emperadores cristianos<sup>8</sup>.

### 2.3. El aborto y la adopción consoladora

De poco servía que una mujer romana deseara fervientemente tener un hijo si el padre no compartía este deseo, en un tiempo, por otra parte, en que la *expositio* infantes era una práctica habitual. El aborto es por primera vez sancionado públicamente cuando se considera que la pérdida patrimonial causada por un aborto afecta también al Estado, en época de los Severos. Como ha afirmado Victoria Rodríguez «El aborto no constituía un acto censurable porque se valorase la vida del *nasciturus* en tanto ser humano ... No podía tolerarse que una mujer cuya principal función era ser madre actuara libremente y arrebatase un hijo legítimo a su padre »<sup>9</sup>. El control de los vientres da lugar en Roma a la institución jurídica del *curator ventris* necesario en casos de disolución del matrimonio por muerte o divorcio: «Si después de la muerte del marido, una mujer se declara encinta deberá manifestarlo en el mes siguiente a la muerte, a quienes tienen derecho o a sus representantes para que si éstos lo desean envíen mujeres que i<sup>9</sup>». El

---

<sup>8</sup> C. 6.51,1; Todavía un edicto del emperador Constantino, probablemente del año 326 recogido en C.Th. 9.24.1 ninguna el consentimiento femenino en el matrimonio cuando en el crimen de raptó la mujer raptada aparece como sujeto activo del raptó y, simultáneamente, como responsable (culpable) de la acción delictiva, en una especie de inversión de carga de la prueba. No podemos olvidar que los matrimonios endogámicos son especialmente buscados en un momento en el que las uniones entre personas cristianas con herejes, y especialmente con judíos, son prohibidas por el Estado, situación que se mantendrá y se implementará con Justiniano influencia de la Patrística, QUERZOLI, S., «La *puella rapta*: paradigmigmi retorici e apprendimento deldiritto nelle Istituzioni di Elio Marciano», *Annali online Lettere*, VI, 1-2, 2011, pp. 157-158.

<sup>9</sup> D. 25.4. 1 (Ulp. 24, *ad Ed.*); resulta relevante la regulación del Código civil español vigente en la actualidad: Artículo 959: *Cuando la viuda crea haberse quedado encinta deberá ponerlo en conocimiento de los que tengan a la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo*; vid GARCÍA FERNÁNDEZ, C., «El *curator ventris* desde las fuentes jurídicas romanas. Entre la protección al *nasciturus* y la cosificación del cuerpo femenino», *E-legal History Review*, 2022, pp. 26-27.



La negación de afectos y sentimientos a la que vengo refiriéndome no impide la manipulación emocional en el sentido de que se da por supuesto que todas las mujeres por naturaleza y biología desean ser madres. Así en un texto datado en el 291 d.C., tras proclamar el principio clásico por el cual la mujer no puede arrogar, los emperadores, en respuesta a Sira, proceden a explicar que, como consuelo por los hijos perdidos por la mujer, y siendo deseo de ella adoptar a un hijastro en calidad de legítimo descendiente, se puede considerar la constitución de la institución adoptiva por rescripto imperial, creándose el consiguiente vínculo maternofilial, según los propios emperadores, «en concepto de hijo natural y legítimo lo mismo que si hubiere nacido de ti ». Se quiebra el criterio general de prohibir adoptar a las mujeres en ciertos casos *indulgentia principis*<sup>10</sup>.

#### **2.4. Matronas cuidadoras de prole, educadoras y cesionarias de vientres**

No cambia mucho el ideal de madre de familia a lo largo de los siglos. Desde la República hasta Justiniano el modelo de matrona es el de mujer observante de la *pudicitia*. Partimos así del bien estudiado concepto de matrona como mujer honesta, casada o soltera, que ofrece su vida, su cuerpo y en definitiva todo su esfuerzo físico e intelectual como oblación a la patria. Las ciudadanas romanas prestan su consentimiento de manera consciente y reflexiva para tener hijos y educarlos en los principios patriarcales, como prueba de patriotismo que exige contribuir a la proyección y expansión socioeconómica del mundo romano. Este tipo de servicio a la patria y a los conciudadanos sólo los pueden prestar quienes pertenecen a familias pudientes por tener una cobertura social y económica conformada por distintos niveles de esclavos y esclavas, de libertos o libertas e incluso de ingenuos e ingenuas, mano de obra dependiente, en cualquier caso. Es el modelo que representa Cornelia la madre de doce hijos, entre ellos Tiberio y Cayo que dieron la vida en el conflicto patricio plebeyo luchando por repartos equitativos de la tierra y propiciaron algunas de las más importantes reformas agrarias

---

<sup>10</sup> Gai. *Inst.* 1,103; Gai 1, *Inst.*104; Iust. 1, 11-10; D. 1. 7.2.1 (Gai. 1, *Inst.*).

y legislativas del mundo romano. Al decir de Plutarco, Cornelia “dio a sus hijos tan esmerada crianza que, con ser los de mayor calidad entre los romanos, aun parece que se debió más su virtud a la educación que a la naturaleza”<sup>11</sup>. Los servicios prestados a la sociedad por las matronas tenían la misma trascendencia que los prestados por quienes como médicos, juristas, magistrados o senadores ejercían artes liberales. La misión de la matrona romana - básicamente producir hijos e hijas para Roma y educarlos en los valores patriarcales- es una actividad no remunerada que le exige dedicación exclusiva y la inhabilita para el ejercicio de cualquiera de los otros *officia*.<sup>12</sup> Hay deber moral, no exigibilidad jurídica. La remuneración de la matrona es el reconocimiento social, y honorífico. El *honor matrimonii*, no es sino la expresión social y jurídica de la mutua convivencia de los esposos unidos en *iustum matrimonium*, respaldo jurídico de los derechos patrimoniales y de la legitimidad de sus hijos.

La idea de que la matrona debe ocuparse de su prole de modo gratuito y con dedicación exclusiva es recurrente en las fuentes y se critican los cambios que empiezan a producirse en las costumbres a partir de fines de la República. Así afirma Tácito que «En otro tiempo, el hijo de romano, nacido de madre honesta no se criaba en el aposento de una nodriza mercenaria, sino en el regazo y en el seno de

---

<sup>11</sup> Plutarco, *Tib.* 1; sobre el modelo de matrona, SALAZAR REVUELTA, M., «Estatus jurídico y social de la *materfamilias* en el marco de la ciudadanía romana», en RODRÍGUEZ LÓPEZ, R., BRAVO BOSCH, M. J. (dirs.), *Mulier. Algunas historias e instituciones de Derecho romano*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 198-222; Rizzelli, G., «La *potestas paterna fra leges, mores e natura*» en Capogrossi Colognesi, L., Cenerini, F., Lamberti, F., Lentano, M., (dirs.), *Anatomie della paternità, Padri e famiglia nella cultura romana*, Lecce, 2019, pp. 95-125.

<sup>12</sup> D. 3.1.5 (Ulp. 9, *ad Ed.*); El desprecio al dinero por parte de aquéllos que lo tienen, fundó una costumbre tradicional que prohibía a los que aspirasen a desempeñar cargos públicos, el ejercicio del comercio o industria, así como percibir una *merces* o compensación por su trabajo, ya fuese este físico o intelectual. La prohibición se extendía también a los préstamos con intereses elevados. La *lex Iulia repetundarum* afectaba especialmente a quienes se situaban en la escala más alta de la sociedad y gozaban de la mejor reputación. La ley Claudia del año 218 a.C. prohíbe a los senadores ejercer el comercio marítimo con naves que transportasen más de 300 ánforas y existen normas que prohíben especulación comercial o banca o comercio a gran escala; Sobre la *materfamilias* con *auctoritas*, D. 50.16.46.1 (Ulp. 59, *ad Ed.*) y no sometida a *potestas*: D. 1,6,4 (Ulp. 1, *Inst.*); D. 24, 3, 30 (Iul. 16, *Dig.*); sobre *artes liberales* y *officia*, NÚÑEZ PAZ, M.I., «*Auctoritas* y mujeres romanas. Ejercicio y sumisión», *Arenal, Revista de Historia de las mujeres*, 2015, pp. 351-364.

su madre, que se gloriaba ante todo de guardar la casa y ser esclava de sus hijos», En la idea de Tácito está bien presente la diferencia entre la nodriza mercenaria (recordemos que *merces* es la contraprestación que se presta en el contrato de arrendamiento (*locatio conductio*) y la mujer generosa que ofrece su esfuerzo de crianza de hijos e intelectual de educación con carácter gratuito. Desde luego que en Roma existieron mujeres que cobraban por sus servicios, pero no eran tenidas en gran estima social, como no lo eran los médicos que cobraban ni quienes de algún modo se salían de la elevada función ética de las artes liberales donde se contraponía el *honorarium* al *salarium* percibido por quienes entregan su fuerza de trabajo a cambio de una remuneración o contraprestación económica<sup>13[66]</sup>.

La doctrina ha contrapuesto con frecuencia *matrimonium* como prestación del cuerpo para la maternidad a *mercimonium* donde el sexo no se ofrece con gratuidad, sino que se entrega a cambio de precio. Modestino llega a sostener que la situación de convivencia entre un varón y una mujer libres puede considerarse matrimonio siempre que la mujer *non corpore quaestum facerit*<sup>14</sup>.

De entre los servicios prestados por mujeres relevantes merece especial mención la función desarrollada con absoluta generosidad por madres comitentes y gestantes en la cesión de vientres. Era una práctica habitual en Roma, casi un *officium amicitiae*, ofrecer la propia fertilidad para favorecer la filiación legítima. Marcia, matrona romana accede a divorciarse de su marido Catón (al que ama profundamente) para casarse, *affectio maritalis* mediante, con Hortensio y darle hijos. Podemos considerar en este sentido madres gestantes a quienes como Marcia se prestan como *ventres* haciendo gala de patriotismo y superando naturales afectos. Madres comitentes serían en cambio las esposas que otorgan su consentimiento tácito o expreso y se prestan a acoger como suyos los hijos gestados por otra mujer; es el caso de la alabada Turia que era estéril, pero prestó su consentimiento para que otra mujer gestase por ella. Todavía en el año 400 d. C. Agustín de Hipona recuerda esta

---

<sup>13</sup> Tac. *De or.* 5; El cambio en la concepción social del trabajo remunerado en general y femenino en particular se produce sobre todo a partir de la II Guerra púnica; *infra* nota 18.

<sup>14</sup> *In liberae mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiae intellegendaesunt, si non corpore quaestum fecerit*, D. 23, 2, 24 (Mod. 1, Reg.); *vid.* MEROTTO, M.F., «Il corpo mercificato. Per una rilettura del meretricium in diritto romano», en GAROLAFO, L. (dir.), *Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche*, II, Pacini, Pisa, 2017, p. 268.

vieja práctica pagana «cuando con el consentimiento de una mujer los romanos tomaban otra con la que tendrían hijos en común, que nacidos del coito y del semen del marido se sometían así al poder de otro» y la importancia de la voluntad materna remitiéndose al Génesis, a madres bíblicas como las esposas de Abraham o de Jacob. Considera el santo de Hipona que Sara (la esposa infértil) es más madre que Agar (la esclava fértil) porque esta última solo puso el útero allí donde la primera puso lo realmente importante que es la voluntad *Illius uterus accomadatus illius voluntas* <sup>15[66]</sup>.

La realidad de la II Guerra Púnica y el expansionismo comercial cambia la sociedad y sus valores. Deja de estar mal visto el cobro por los servicios, a la vez que aumenta el número de mujeres trabajadoras y con alto poder adquisitivo<sup>16</sup>. No obstante, la selección interesada de fuentes romanas con la finalidad de transmitir el principio de que la mujer es tanto más respetada cuanto más se entrega al cuidado doméstico y de sus hijos prevalece en el Derecho histórico posterior.

*Rómulo Honró, distinguió y respetó a las ciudadanas romanas, concediéndoles privilegios en veneración de su sexo. Eran señoras de la casa, sin que se ocuparan en ella en ningún oficio mecánico...Solamente por diversión se entretenían en hilar...Entre otros privilegios es muy notable por su singularidad el de que ningún romano pudiese precisar su mujer a amasar pan ni a andar en la cocina [ ...]*<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Quint. *Orat* 10,5,13 ; sobre *Laudatio Turiae* 2, 31-39 ; I2, 44-50 ; CIL 6 n. 1527. DE HIPONA, A., *De bono coniugali*, 15, In *Johannus Evangelium Tractatus XII, Agustini, Opera Omnia*, París, III, 1838, pp. 1817-1818; Sara esposa de Abraham Génesis 16, 1-2 y Raquel, esposa de Jacob, Gen 30, 1-7; Ag. *De nuptiis et concupiscentia* 1, 10-1; NÚÑEZ PAZ, M.I., «Sobre la cessio ventris en la antigua Roma. Trascendencia socio jurídica del principio *mater Semper certa est*», *E-Legal History Review*, 2018, pp.17-25; DI SIMONE, M., «Sulle tracce di un'antica prassi: la c.d. cessione della moglie», *Annali del seminario giuridico dell'Università degli studi di Palermo*, 2010-2011, p. 20, pp. 35-37.

<sup>16</sup> Ver testimonios de actividad comercial femenina en G. Camodeca, *Tabulae Pompeiana Sulpiciorum*, Edizione critica del archivio puteolano del Sulpicii, Roma Quasar, , 1999, pp.181-183; CANTARELLA, E., «Qualche considerazione sul lavoro femminile a Pompeia», *Saitabi*, 1999, pp. 259-272; RODRÍGUEZ GARCÍA, R., «Nodrizas y amas de cría. Más allá de la lactancia mercenaria», *Dilemata*, 2017, pp.37-54; REDUZZI MEROLA, F., «Le donne nei documenti della prassi campana», *Index*, 2012, pp. 380-386; ACEDO PANAL, M.J., «El rol femenino en la economía y el evergetismo en época altoimperial», *Journal of Feminist. Gender and Women Studies*, 2020 pp. 22-23.

<sup>17</sup> VIZCAÍNO PÉREZ, V., *Compendio de Derecho Público y Común de España o de las leyes de*

### 3. Custodia materna, prestación de alimentos e interés superior del menor

#### 3.1. El senadoconsulto de liberis agnoscendis y el Senadoconsulto Planciano

La figura de la madre se hace fuerte a la par que se debilita la *patria potestas* como poder absoluto. La situación personal y patrimonial de las mujeres de las clases privilegiadas en cuanto *sui iuris*, mejora mucho desde mediados de la etapa republicana y llega un momento en que incluso la falta de capacidad femenina no es ya necesariamente suplida por varones. El viejo concepto de *patria potestas* cambia. Por una parte, el peculio y la dote cambian la estructura patrimonial de la familia; por otra, los nuevos valores de *pietas* y de *humanitas* permeabilizan las normas jurídicas<sup>18</sup>.

Los miembros de una familia sólo pueden exigirse socorro mutuo (alimentos) entre sí cuando el parentesco por línea materna empieza a ser relevante para el Derecho. Cicerón ya se refería a una *lex alimentaria* de carácter moral y más tarde Séneca menciona el contenido de la *auctoritas* paterna y materna; ésta incluye los deberes morales de los hijos hacia los progenitores, deberes de obediencia, de restitución de los beneficios prestados por la persona progenitora y deber de prestar socorro a padre y madre. Progresivamente esta apreciación moral se hace jurídica y llega un momento en que *alere* se

---

*las Siete Partidas, colocadas en el orden natural*, Madrid, 1783, disponible en: <https://books.google.com/books?id=Xj8gWewwOAcC&printsec=frontcover&dq=inauthor:%22Vicente+Vizcaino+P%C3%A9rez%22&hl=es&sa=X&ved=2ahUKewilwNPiMtL8AhVaV6QEHdagCKIO6AF6BAGIEAI>

<sup>18</sup> SERRAO, F., *Diritto romano, Economia e società nella storia di Roma*, Jovene, Roma, 2008, pp. 678-707; DIXON, S., «Family», en DU PLESSIS, P.J., ANDO, C. Y TUORI, K. (eds.), *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 2016, p.435; Peppe, L., *Civis romana. Forme giuridiche e modelli social dell'appartenenza e dell'identità femminili in Roma antica*, Graz, 2016, cfr. la *civis madre*, p. 177-209; Fluchelli, T.M., Rohr Vio, . 2016 « La ricchezza delle matrone: Ortensia nella dialettica politica al tramonto della Repubblica », in Bielman Sánchez, A., Cogitore, I., Kolb A. (a cura di), *Femmes influentes dans le monde hellénistique et à Rome. IIIe siècle avant J.-C. – I er siècle après J.-C.*, Grenoble, pp.175-196.

convierte en un derecho exigible<sup>19</sup>. Existe la posibilidad de demandar ante los tribunales la obligación alimentaria gracias a la *interpretatio* que los juristas hacen de las constituciones imperiales. A partir del *Senatus consultum de liberis agnoscendis* los juristas tratan de modo unitario el reconocimiento de los descendientes como propios y la obligación de mantenerlos y procurarles todo lo necesario para su subsistencia.<sup>20</sup>

Con carácter previo a la determinación de qué y cuánto hay que pagar en concepto de alimentos, hay que asegurarse de si los hijos son realmente de la persona a quien se reclaman. Si bien, como vimos más arriba la madre es cierta, el padre no lo es tanto. Se trata por tanto de una cuestión prejudicial, de un *praeiudicium* al que se dedica una extensa parte en el senadoconsulto: *Quod si patrem se negabit, quaestionem istam in primis idem iudex examinabit*. El problema jurídico que planteaba el reconocimiento de los hijos como propios siempre preocupó a los romanos. Quienes nacían fuera de *iustum matrimonium* carecían de derechos sucesorios y alimentarios respecto a su padre. Pero en esta nueva época ya no es el padre arbitrariamente quien decidía si aceptaba o no a un hijo como propio, sino que en caso de haberse realizado *iustum matrimonium* se presumía que el hijo era del marido: *pater est quem nuptias demonstrant*<sup>21</sup>. De hechos probados como son el matrimonio y la maternidad se deduce otro hecho como muy probable: la legitimidad de la prole concebida o nacida durante el mismo. En este sentido el hijo o hija están legitimados para interponer una acción de filiación contra el padre, así como para reclamar judicialmente de éste la prestación de alimentos:

---

<sup>19</sup> Cic. *De rep.* 7,8; *De off* 1, 18, 59; *ad Att.* 1,5-77; Sen. *Controversiae* 1,1; Ulpiano. *Reg.* 26,7. Por otra parte, el pretor primero y los senadoconsultos *Tertullianus* de época de Adriano y *Orfitianus* (a. 178 d.C.) contribuyen a que las madres y sus hijos tengan derechos sucesorios entre sí, vid. LÓPEZ GÜETO, A *Madres e hijos en el Derecho romano de sucesiones. Los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano*, Madrid, 2019, pp. 264-345.

<sup>20</sup> El título completo es «*De agnoscendis et alendis liberis vel parentibus vel patronis vel libertis*» D. 25, 3, 5, 8 (Ulp. 2, *de off. cons.*); D. 25, 3, 5, 5-7 (Ulp. 2, *de off. cons.*).

<sup>21</sup> *Qui mater quidem certa patrem autem incerto nati sunt, spuri appellantur* (Ulp. *Reg.* 4, 2); D. 2, 4, 5 (Paul. 4, *ad ed.*); *Quia Semper certa est, etiam si volgo conceperit: pater vero is est quem nuptiae demonstrant*: D.2,4,5 (Paul. 4, *ad ed.*); D. 22, 3 2 (Paul. 69, *ad ed.*); Gai. *Inst.* 1, 56; 1.64; Lefebvre Teillard, A., «*Pater is est quem nuptiae demonstrant: jalons pour une histoire de la presumption de paternité*»; RHD, 69, 1991, pp. 331-341; *infra* notas 30-33.

*Parentum necessitatibus liberos succurrere iustum est (C. 5,25,1)*<sup>22</sup>.

La complejidad del senadoconsulto *de liberis agnoscendis*, con una rúbrica en el edicto del *praetor urbanus* y un título completo en el Digesto de Justiniano demuestra que las cuestiones de paternidad eran recurrentes ante la administración de justicia. Se hacía necesario determinar si los hijos de la madre casada, viuda o divorciada lo eran también de su marido o exmarido. A partir de que el niño o niña cumplía los tres años tenía derecho a la acción contra el padre por los alimentos que le fueran debidos. La atribución de la paternidad y la correlativa obligación de alimentos se resolvía por igual en el caso de hijos varones como de hijas mujeres: *filiam suam pater exhibeat, si constiterit apud iudicium iuste eam procreatam*<sup>23</sup>.

En el título 25.3 del Digesto se incorpora la legislación anterior sobre la materia; concretamente se menciona un senadoconsulto Planciano (probablemente de tiempos de Vespasiano) sobre legitimidad de los hijos completado por otro de Adriano. En el primero, las dudas sobre la paternidad se plantean al finalizar el matrimonio; en el segundo, las dudas sobre la paternidad del hijo que está en gestación aparecen ya durante el matrimonio (*constante matrimonio*)

*Quia Plancianum senatus consultum ad eos partus pertinet qui post divortium eduntur, aliud senatus consultum temporibus divi Hadriani factum est, ut, etiamsi constante matrimonio partus sit editus, de agnoscendo eo agatur. D. 25. 3. 3 (Ulp. 34 ad ed.).*

En la casuística que presenta Ulpiano aparecen madres reclamando ante la justicia que sus parejas o exparejas reconozcan a sus hijos y les presten alimentos; aparecen también varones que afirman no ser padres biológicos y se oponen al *ius alimentorum*. Si el padre que niega la paternidad no cumple todas las prescripciones de la ley (hacer las pesquisas necesarias, exigir a la embarazada que

<sup>22</sup> SANDIROCCO, L., «*Non solum alimenta praestari debent*», *Rivista di diritto romano*, 2013, pp.1-23. Disponible en: [www.ledonline.it/rivistadirittoromano](http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano); CENTOLA, A., «Alcune osservazioni sull'origine del diritto agli alimenti», *TSDP: Teoria e Storia del diritto privato*, 2013, pp. 1-39; ALBURQUERQUE SACRISTÁN, J.M., «Aspectos de la prestación de alimentos el derecho romano: especial referencia a la reciprocidad entre padre e hijo, ascendientes y descendientes», *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2007, pp.9-30; VUOLANTO, V., «Child and parent in Roman Law», en DU PLESSIS, P.J., ANDO, C., TUORI, K. (eds.), *Oxford Handbook of Roman Law and Society*, Oxford University Press, Oxford- Nueva York, 2016, pp. 488-497.

<sup>23</sup> D. 25. 3. 3. 1. pr., (Ulp. 34, ad Ed); LANFRANCHI, F., *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano*, N. Zanichelli, Bologna, 1964, pp.54-55.

dijese si estaba o no embarazada, pedir pruebas periciales y finalmente notificar formalmente que no había embarazo) entonces se le puede obligar a reconocer la paternidad mediante el procedimiento extraordinario (*cognitio extra ordinem*). Además, si la mujer lo denuncia como padre de los hijos de ella, el hecho del matrimonio funciona como prueba y es él -presunto padre- quien tiene que probar lo contrario, es decir, que el hijo no es suyo; se invertía en consecuencia la carga de la prueba ya que si el marido o exmarido no consigue probarlo es reconocido formalmente por sentencia judicial como padre y deudor alimentario.

Otros varones en cambio aparecen muy interesados en tener descendencia y reconocer a sus hijos como propios. Especial interés tiene el caso de Rutilio, un varón que tras divorciarse de Domicia, sospecha que esta pretende ocultarle que se encuentra embarazada y el asunto llega a los tribunales. El problema se plantea ante el inusitado hecho de que la mujer continúa negando su estado de *praegnans*, situación para la que no había respuesta jurídica ni el senadoconsulto Planciano ni en ninguna norma en vigor hasta entonces. Por ello el pretor Valerio Prisciano consulta a los emperadores para que resuelvan la cuestión. Estos, Marco Aurelio y Lucio Vero (a.161-169 d.C.) dictan un rescripto al respecto, sometiendo a vigilancia a Domicia; se le pone un «guardián del vientre»: (*custos ventris*) y se prescriben para ella complejas inspecciones obstétricas.

En otro de los supuestos es una madre, Ticiano, quien acude a los *Divi Fratres* Marco Aurelio y Lucio Vero para reclamar alimentos a Claudio, el padre, para su hija. La respuesta de éstos es taxativa. Si la mujer es capaz de probar ante el juez que el hijo es de Claudio, éste tiene que alimentarlo<sup>24</sup>.

Se observa una ampliación progresiva del concepto, en el sentido de que no sólo se entiende por alimentos comida, vestido o asistencia médica sino «todo aquello que fuese necesario para los descendientes»; es decir, se muestra atención por la salud psicofísica de la prole, ocupando un lugar preferente la instrucción y la educación.

---

<sup>24</sup> C. 5. 25. 3, *Divi fratres*: *Si competentii iudici eum, quem te ex Claudio enixam esse dicis, filium eius esse probaveris, alimenta ei pro modo facultatum praestari iubebit. Idem, an apud eum educari debeat, aestimabit*, A. Pio (a 162); GARCÍA FERNÁNDEZ, C., *op. cit.* p. 30.



En la interpretación del senadoconsulto es frecuente la apelación a la *humanitas*: los menores deben ser alimentados, sin prejuzgar si es o no hijo; por tanto, aparece el deber de prestar alimentos desvinculado de la *patria potestas*:

*Sed utrum eos tantum liberos qui sunt in potestate cogatur quis exhibere, an vero etiam emancipatos vel ex alia causa sui iuris constitutos, videndum est. Et magis puto, etiamsi non sunt liberi in potestate, alendos a parentibus et vice mutua alere parentes debere.* D. 25. 3. 5. 1 (Ulp. 2, de off. cons.)

Podríamos concluir que en el largo título del Digesto que estamos comentando, resultan determinantes tres aspectos. En primer término, la vinculación entre reconocimiento de hijos y obligación jurídica de prestarles alimentos. En segundo lugar, se amplía progresivamente el concepto de alimentos, que no sólo incluye necesidades básicas como manutención, higiene o vivienda, sino educación y cuidado espiritual de la prole; en tercer término, la razón última del *ius alimentorum* no se vincula a la *patria potestas*, sino a la *humanitas*, la *naturalis ratio* la *pietas* o la *charitas* implícita en la consanguinidad materna.

### 3.2. El interés superior del menor de Diocleciano a Justiniano

Una constitución de Diocleciano del 294 d.C. confirma las disposiciones anteriores, en el sentido de que el padre nunca puede dejar de reconocer a un hijo propio ni negarse a suministrarle alimentos.

*Nec filium negare cuiquam esse liberum Senatus Consulta de partu agnoscendo ac denunciata poena, item praeiudicium edicto perpetuo propositum et remedium alimentorum apud praesidem maiori trimo petenti monstratum iure manifesto declarant.* C. 8.46. (47) 9: a.294-305 d.C.

La relevancia que se da al parentesco consanguíneo provoca que también los hijos no nacidos de matrimonio legítimo (ya sean éstos *spurii*, es decir nacidos de una relación estable-concubinato- o ya sean *vulgo concepti* -nacidos de una relación esporádica- tengan derecho a

ser alimentados siempre por la madre)<sup>25</sup>. Asimismo, hemos hecho referencia más arriba a la ampliación progresiva del concepto de alimentos; *non solum alimenta praestari debent*. Pues bien, cuando el concepto de alimentos empieza a incluir la atención psicofísica del menor, la madre puede ser considerada educadora, con preferencia sobre el padre. Así se observa claramente en el título II del libro 27 del Digesto: *Ubi pupillus educari vel morari debeat et de alimentis ei ei praestandis*.

La discrecionalidad del juez es absoluta y sólo debe atender a lo que sea más conveniente para el menor procurando que el hijo o hija «siempre se alimente y eduque libre de sospechas maliciosas». Por ello se prescribe, en caso de disolución del matrimonio, que el hijo o hija reciba alimentos de uno de los progenitores, aunque conviva con otro o incluso con una tercera persona si ninguno de los progenitores se comporta de forma adecuada<sup>26</sup>.

Desde finales del siglo III d.C. se afirma claramente que el padre no es siempre el mejor *alimentarius*. Con buen criterio considera Fasolino que por primera vez en tiempo de Diocleciano se configura el llamado «interés superior del menor». Atendiendo a lo más conveniente para el menor se decide sobre el reparto por sexos (las niñas son custodiadas por la madre y los niños por el padre), las buenas costumbres (*pudicitia*) e incluso las mejores condiciones económicas del padre o de la madre. La madre es preferida sobre el padre siempre que sea «mujer de reconocida autoridad». Se mantiene en este sentido el modelo tradicional republicano de la madre modelo, transmisora de valores morales y reglas de comportamiento, para con los dioses, los antepasados y la sociedad.<sup>27</sup>

*Si disceptetur, ubi morari vel ubi educari pupillum oporteat, causa cognita id praesidem statuerit oportebit, in causa e cognitione evitandi sunt quae pudicitiae impubere possunt indisiari. D. 27. 22. 5 (Ulp. 3, de off. proc).*

<sup>25</sup> D. 25. 3.5-7; D. 50. 16, 195,1 (Ulp. 46, *ad Ed*); D. 50.16. 195.5 (Ulp. 46, *ad Ed*).

<sup>26</sup> C. 5.49. 1 (a 223), D. 43.30.1.3 (Ulp, 71 *ad Ed*.)

<sup>27</sup> D. 37.10. 6.5 (Paul. 42, *ad Ed*.); C. 5, 24, 1 (a. 294); en cualquier caso, siempre las exigencias a la mujer-madre son mayores, al igual que sucede cuando se le permite ejercer la tutela; FASOLINO, F., «L'affidamento dei figli a Roma», *Studi in onore di Francesco Guizzi, Civitas et civilitas*, Giappichelli, Turín, 2013, pp.236-249, p.244, quien destaca la analogía con la tutela como modo de colmar las lagunas en la legislación al respecto, pp. 236-249; VUOLANTO, V., *op cit*, cfr «Mutual Duties and Obligations: The Best Interest of the Child?», pp. 493-495, *supra* nota 22.

En la época de Justiniano cambia el contenido del llamado «interés superior del menor» y éste se configura conforme a la tendencia de la nueva moral, contraria al divorcio y a las segundas nupcias de la madre. También aparece el criterio pragmático del mayor patrimonio. Es decir, en lugar de tenerse en cuenta cuál de los progenitores puede educar mejor al menor, se opta por el «más rico»<sup>28</sup>. La *ratio legis* es la madre deudora alimentaria de su prole, tanto matrimonial como extramatrimonial (*vulgo concepto*). La afirmación que aparece en las Sentencias de Paulo (4,9,5): «*Septimo mense natus matri prodest*» («la madre resulta beneficiada cuando el hijo nace a partir del séptimo mes») no supone beneficio alguno. Lo único que significa es que opera la presunción de paternidad y la madre puede acudir *extra ordinem* interponiendo una demanda de alimentos para sus hijos contra el progenitor masculino. Ahora bien, si el padre no lo hace, la obligación corresponde a la madre («siempre cierta»). Explícitos resultan en este sentido los títulos del *Codex Theodosianus: De naturalibus filiis et matribus eorum* y de su continuador el *Codex Iustinianus: De naturalis liberis et matribus eorum ex quibus casibus iusti efficiuntur*<sup>29</sup>.

En los textos postclásicos y justinianos aparecen tímidas afirmaciones en el sentido de que el padre no sólo debe alimentos a los nacidos de matrimonio legítimo; de lo que parece deducirse *sensu contrario* que los perciban también los hijos extramatrimoniales. El cambio fundamental que se produce a partir del emperador Constantino es la tendencia a que los progenitores unidos en relación estable o concubinato regulen su situación contrayendo matrimonio cristiano. En la legislación de los emperadores cristianos el nuevo matrimonio, basado no ya en el consentimiento continuo, sino inicial se vincula a una progresiva tendencia a la restricción del divorcio, que rompe abruptamente con la idea consolidada del divorcio libre y por mutuo consentimiento. El concubinato o relación de hecho empieza a tener una consideración peyorativa y se procura que quienes viven en pecado se unan en matrimonio. Sólo de este modo los hijos nacidos fuera del matrimonio también reciben alimentos *per subsequens matrimonium* de sus progenitores<sup>30</sup>. La discriminación va *in*

---

<sup>28</sup> C. 6.61,8 (a 531); Nov. 117,7; Nov. 12,4.

<sup>29</sup> C. Th. 4,60; C. 5,27; Reg. Ulp. 4, 2; D. 1.5,19 (Celso, 91 *Dig.*); *supra* nota 21.

<sup>30</sup> También es posible la legitimación *per oblationem curia* y *per rescriptum principis*; D 27, 2, 1, 1 (Ulp. 34, *ad Ed.*); C. 5, 27; *Inst.* Iust 10,3; Nov. 74,3; Nov. 89,7; Nov 117,10;

*crescendo* en el Derecho común. Solo el matrimonio es garantía jurídica de la paternidad y legitimidad de los hijos. Las viudas tenían prohibido contraer nuevo matrimonio hasta que no hubiera pasado un tiempo prudencial para evitar que un embarazo de otro hombre provocase la *turbatio sanguinis*<sup>31</sup>.

### 3.3. La larga pervivencia del control sobre la prole a través de la *causa honoris*

Terribles consecuencias no solo civiles sino también penales tuvo en este sentido la hipocresía del derecho posterior a Justiniano, origen de la llamada *causa honoris* que exoneraba prácticamente de responsabilidad penal a quienes terminaran con la vida de sus hijos. Ya en época moderna, fuera del matrimonio salvífico solo había pobreza y desesperación, a veces hasta el punto de que muchas mujeres, embarazadas o madres, se deshicieran de sus criaturas. Precisamente la historia del delito de infanticidio ya en las codificaciones penales europeas, posteriores a los principios ilustrados, es una historia jalonada de angustias personales y dificultades económicas y jurídicas que no cambian a lo largo de los siglos. La sexualidad reducida al matrimonio, y dentro de éste a su función reproductora termina en el Derecho penal como causa exculpatoria. El temor femenino a las terribles consecuencias jurídicas y económicas de introducir sangre extraña en la familia (*turbatio sanguinis*) permanece a lo largo de los siglos. Se reconoce todavía en los siglos XIX y XX en diferentes normativas europeas que la compleja estructura social es causa de nacimientos no deseados de

---

sobre la progresiva restricción de la disolubilidad matrimonial, la discriminación de las mujeres y los efectos patrimoniales y personales del divorcio postclásico, NÚÑEZ PAZ, M. L., «Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma», Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1988, pp.143-174; Rawlson, B., *Marriage, Divorce and Children in Ancient Rome*, Humanities Research Centre ; Clarendon Press; Oxford University Press, 2004, pp.34-67.

<sup>31</sup> MONTANOS FERRÍN, E., *op. cit.* pp. 207-211; MORÁN MARTÍN, R., «Silencio de mujer. Mala voz de fueros», en FUENTE PÉREZ, M.J. Y MORÁN MARTÍN, R. (coords.), *Raíces profundas. La violencia contra las mujeres*, Polifemo, Madrid, 2011, pp.149-170; GACTO FERNÁNDEZ, E., «Imbecillitas sexus», *Cuadernos de Historia del Derecho*, 2013, pp. 27-66.

hijos ilegítimos. De modo muy descriptivo lo expresaba Mellusi en el siglo XIX:

*La pobre muchacha engañada abandonada y llevando en sus entrañas el fruto de un amor ilegítimo no puede concebir ternura por el feto sino más bien rencor, este último adoptará la forma de «furor brevis» cuando se aproxima el momento de dar a luz el testimonio de su culpa de su vergüenza; y en aquel estado de exaltación, de terror, de enojo se hará infanticida<sup>32</sup>.*

La *causa honoris* ha funcionado como expediente exculpatorio y en el Derecho español se mantuvo hasta el Código Penal de 1995, hasta que por fin se elimina el tipo privilegiado de infanticidio, mediante reforma de 10 de enero de 1994.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> MELLUSI, V., *La madre delinvente. Studio de psicología morbosa*, Loescher, Roma, 1897, pp. 12-13 y pp. 84-89, también un interesante estudio comparativo de las distintas codificaciones (en el que por cierto falta la de Derecho Penal español) en TINKOVA, D., «Protéger ou punir. Les voies de la décriminalisation de l'infanticide en France et dans le domaine de Habsbourg, XVIII-XIX siècles», *Crime, Histoire, sociétés*, 2005, pp. 43-72; *vid.* análisis histórico previo al código Zanardelli, en GARLATI L., «La fine del' innocenza. L'infanticidio nella disciplina postunitaria», *La corte d'Assise, Rivista quadrimestrale di scienze penalistiche integrate*, 2012, pp. 17-74, *cfr.* p 31.

<sup>33</sup> Clara Campoamor, artífice del voto femenino en España fue la primera mujer abogada que (durante el breve paréntesis democrático de la República) que llevó al Tribunal Supremo un proceso de reclamación de paternidad no matrimonial y se refería irónicamente al «hijo autoengendrado de la mujer liviana»; en la dictadura franquista se prohibió de nuevo la investigación de la paternidad y la mujer perdió además la voz y el voto. Así se expresaba la única voz femenina a quien se permitía hablar en público durante la dictadura: «Hay que volver a poner al hombre los pies sobre la tierra. Y para la mujer la tierra es la familia. Por eso, además de darles a las afiliadas la mística que las eleva, tenemos que apegarlas con nuestras enseñanzas a la labor diaria, al hijo, a la cocina, al ajuar, a la huerta, tenemos que conseguir que encuentre allí la mujer toda su vida y el hombre todo su descanso»; PRIMO DE RIVERA, P., *Escritos, Circulares, Discursos*, Madrid, s/f, p. 28; NÚÑEZ PAZ, M.I., «Un supuesto de retroceso histórico. Protección del ser recién nacido en la familia romana versus desprotección en la tradición jurídica posterior», en VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, B (coord.). *30 aniversario de la Convención sobre los derechos del Niño. Logros y retos desde una perspectiva multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 37-39.

## Bibliografía

ACEDO PANAL, M.J., «El rol femenino en la economía y el evergetismo en época altoimperial», *Journal of Feminist. Gender and Women Studies*, 2020.

ALBURQUERQUE SACRISTÁN, J.M., «Aspectos de la prestación de alimentos el derecho romano: especial referencia a la reciprocidad entre padre e hijo, ascendientes y descendientes», *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2007.

CANTARELLA, E., «Qualche considerazione sul lavoro femminile a Pompeia», *Saitabi*, 1999.

CANTARELLA, E., «Woman and Patriarchy in Roman Law», en du Plessis, P.J., Ando, C., Tuori, K. (eds.), *Oxford Handbook of Roman Law and Society*, Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 2016.

CENTOLA, A., «Alcune osservazioni sull'origine del diritto agli alimenti», *TSDP: Teoria e Storia del diritto privato*, 2013.

DIXON, S., «Family», en DU PLESSIS, P.J., ANDO, C. Y TUORI, K. (eds.), *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 2016.

FASOLINO, F., «L'affidamento dei figli a Roma», *Studi in onore di Francesco Guizzi, Civitas et civilitas*, Giappichelli, Turín, 2013.

GACTO FERNÁNDEZ, E., «*Imbecillitas sexus*», *Cuadernos de Historia del Derecho*, 2013.

GARCÍA FERNÁNDEZ, C., «El *curator ventris* desde las fuentes jurídicas romanas. Entre la protección al *nasciturus* y la cosificación del cuerpo femenino», *E-legal Histyory Review*, 2022.

GIUNTI, P., *Consors vitae. Matrimonio e repudio in Roma antica*, Giuffrè, Milán, 2004.

LANFRANCHI, F., *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano*, N. Zanichelli, Bologna, 1964.

LEFEBVRE TEILLARD, A., «*Pater is est quem nuptiae demonstrant*: jalons pour une histoire de la présomption de paternité», *RHD*, 1991.

LÓPEZ GÜETO, A., *Los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano. Antecedentes y régimen jurídico del reconocimiento de la relación maternofilial en la sucesión intestada*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016.

LUCHELLI, T.M., ROHR VIO, F., «La ricchezza delle matrone: Ortensia nella dialettica politica al tramonto della Repubblica», en Bielman Sánchez, A., Cogitore, I., Kolb, A., (a c. di), *Femmes influentes*

*dans le monde hellénistique et à Rome. IIIe siècle avant J.-C. – I er siècle après J.-C.*, Grenoble, 2016.

MARTÍN MINGUIJÓN, A.R., «El aborto en Roma. Estudio exegético de fuentes literarias y jurídicas. La influencia de la patrística en la sociedad romana», *E-Legal History Review*, 2022.

MELLUSI, V., «*La madre delinquente. Studio de psicologia morbosa*», Loescher, Roma, 1897.

MEROTTO, M.F., «Il corpo mercificato. Per una rilettura del meretricium in diritto romano», en GAROLAFO, L. (dir.), *Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche*, II, Pacini, Pisa, 2017.

MONTANOS FERRÍN, E., «La mujer. Tomo I. Disposiciones jurídicas en la Historia de la Corona de Castilla y en la legislación codificada española», *Derecho Histórico*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.

MORÁN MARTÍN, R., «Silencio de mujer. Mala voz de fueros», en FUENTE PÉREZ, M.J. Y MORÁN MARTÍN, R. (coords.), *Raíces profundas. La violencia contra las mujeres*, Polifemo, Madrid, 2011.

NÚÑEZ PAZ, M.I., «Two memories of woman and violence in the High Empire from the *damnatio memoriae* of Livilla to the epitaph *manu mariti crudelissimi* of Iulia Maiana». *Revue historique des droits de l'Antiquité*, RIDA, *Revue Internationale des droits de l'Antiquité*, 2021.

NÚÑEZ PAZ, M.I., «Un supuesto de retroceso histórico. Protección del ser recién nacido en la familia romana versus desprotección en la tradición jurídica posterior», en VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, B (coord.), *30 Aniversario de la Convención sobre los derechos del Niño. Logros y retos desde una perspectiva multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2020.

NÚÑEZ PAZ, M.I., «Sobre la *cessio ventris* en la antigua Roma. Trascendencia socio jurídica del principio *mater Semper certa est*», *E-Legal History Review*, 2018.

NÚÑEZ PAZ, M.I., «*Auctoritas* y mujeres romanas. Ejercicio o sumisión», *Arenal, Revista de Historia de las mujeres*, 2015.

NÚÑEZ PAZ, M.I., *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*, Salamanca, 1988.

PEPPE, L., *Civis romana. Forme giuridiche e modelli social dell'appartenenza e dell'identità femminili in Roma antica*, Grifo, Lecce, 2016.

QUERZOLI, S., «La *puella rapta*: paradigmi retorici e apprendimento del diritto nelle Istituzioni di Elio Marciano», *Annali online Lettere*, 2011.

RAWLSON, B., *Marriage, Divorce and Children in Ancient Rome*, Humanities Research Centre, Clarendon Press, Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 2004.

REDUZZI MEROLA, F., «Le donne nei documenti della prassi campana», *Index*, 2012.

RIZZELLI, G., «La potestas paterna fra leges, mores e natura», in Capogrossi Colognesi, L., Cenerini, F., Lamberti, F., Lentano, M. (dirs.), *Anatomie della paternità, Padri e famiglia nella cultura romana*, Grifo, Lecce, 2019.

SALAZAR REVUELTA, M., «Estatus jurídico y social de la materfamilias en el marco de la ciudadanía romana», in RODRÍGUEZ LÓPEZ, R., BRAVO BOSCH, M. J. (eds.), *MULIER. Algunas historias e instituciones de Derecho romano*, Dykinson, Madrid, 2013.

SANDIROCCO, L., «Non solum alimenta praestari debent», *Rivista di diritto romano*, 2013.

SERRAO, F., *Diritto romano, Economia e società nella storia di Roma*, Jovene, Roma, 2008.

DI SIMONE, M., «Sulle tracce di un'antica prassi: la c.d. cessione della moglie», *Annali del seminario giuridico dell'Università degli studi di Palermo AUPA*, 2010-2011.

TINKOVA, D., «Protéger ou punir. Les voies de la décriminalisation de l'infanticide en France et dans le domaine de Habsbourg, XVIII-XIX siècles», *Crime, Histoire, sociétés*, 2005.

VIZCAÍNO PÉREZ, V., *Compendio de Derecho Público y Común de España o de las leyes de las Siete Partidas, colocadas en el orden natural*, Madrid, 1783.

VUOLANTO, V., «Child and parent in Roman Law», in DU PLESSIS, P.J., ANDO, C., TUORI, K. (eds.), *Oxford Handbook of Roman Law and Society*, Oxford University Press, Oxford- Nueva York, 2016.



PARTE VII

ALTRE QUESTIONI IN MATERIA DI FILIAZIONE,  
GENITORIALITÀ E SUCCESSIONI MORTIS CAUSA



# El parentesco socioafectivo como mecanismo para evitar los reconocimientos de complacencia en el ordenamiento español

*M.<sup>a</sup> Amalia Blandino Garrido*

**RESUMEN:** La admisión en el ordenamiento español del parentesco socioafectivo evitaría los conflictos que suscitan los reconocimientos de la paternidad efectuados por mera complacencia. La recepción del parentesco fundado en el afecto requiere la fijación de una serie de presupuestos para la declaración de esta relación filial, que ha de tener un carácter irrevocable e inimpugnable, en aras de la seguridad jurídica y de la protección del interés de los menores de edad.

**ABSTRACT:** L'ammissione nel diritto spagnolo della filiazione socio-affettiva eviterebbe i conflitti che nascono dai riconoscimenti di paternità fatti per mero compiacimento. L'accettazione della parentela fondata sull'affetto richiede la definizione di una serie di presupposti per la dichiarazione di questo rapporto filiale, che deve avere un carattere irrevocabile e inoppugnabile, ai fini della certezza del diritto e della tutela degli interessi dei minori.

**SUMARIO:** 1. La problemática de los reconocimientos de complacencia – 2. Una nueva relación de filiación: el parentesco basado en el afecto. – 3. Una propuesta para la regulación del parentesco socioafectivo en el ordenamiento español. – 3.1. Ámbito de aplicación. – 3.2. La declaración de voluntad de instaurar la relación socioafectiva. – 3.3. Relación de afectividad estable. – 3.4. Forma. – 3.5. Consentimientos, audiencias y aprobaciones. – 4. Efectos del parentesco socioafectivo. – 5. El carácter irrevocable de la determinación del parentesco socioafectivo.

## 1. La problemática de los reconocimientos de complacencia

En el modelo de familia «reconstituida», «recompuesta» o «ensamblada»<sup>1</sup>, tan presente en la sociedad actual, es habitual la aspiración de formalizar la relación de convivencia, afecto y cuidado respeto de los hijos de la nueva pareja. El cauce a través del cual se han canalizado los deseos de ser padres -formalmente por naturaleza- ha sido el de los denominados reconocimientos «de complacencia», esto es, aquellos realizados por su autor a sabiendas de que el hijo reconocido no lo es biológicamente<sup>2</sup>. El supuesto fáctico que ha dado lugar a la jurisprudencia sobre los reconocimientos de complacencia ha consistido, con diferentes matices, en el siguiente: varón que, en el marco de una relación conyugal o de convivencia de hecho, decide reconocer al hijo que tuvo su compañera (esposa o conviviente) antes de iniciarse esta relación de pareja, sin paternidad determinada. Con posterioridad, normalmente al producirse la crisis conyugal o convivencial, el padre ejercita una acción de impugnación de la filiación respecto del hijo reconocido, con el fin de desentenderse de las obligaciones económicas paternofiliales<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Sobre este tipo de familia, v. CARRILLO LERMA, C., *Familias reconstituidas: la relación jurídica entre el cónyuge y los hijos no comunes menores de edad*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021.

<sup>2</sup> Define GARCÍA VICENTE, J. R., «Sentencia de 12 de julio de 2004. Impugnación de la paternidad matrimonial determinada en virtud de reconocimiento de complacencia», *CCJC*, 2005, pp. 437-438, los reconocimientos de complacencia como «aquellos en los que el marido o compañero estable de la madre decide reconocer al hijo de esta para complacerla (asume como propios hijos anteriores de su esposa o compañera) consciente de la falsedad biológica de la filiación que determina, empleando el “reconocimiento” (art. 120 CC) y no recurriendo, como sería lo más apropiado, a las normas que permiten la adopción de los hijos de su esposa o compañera (art. 176.2 CC)».

<sup>3</sup> Así, en el caso resuelto por la STS 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196), que fija la discutible doctrina jurisprudencial actualmente aplicable, el demandante había reconocido a la hija biológica de su esposa como hija suya, sabiendo que no lo era en realidad, con el expreso consentimiento de la madre de la menor, con la que había contraído matrimonio hacía dos años. Aproximadamente un año después del referido reconocimiento, cesó la convivencia conyugal, iniciando la esposa el procedimiento de divorcio. En el proceso del cual dimana el recurso de casación que da lugar a esta sentencia, el actor había interpuesto una demanda de impugnación del reconocimiento de filiación contra la madre de su hija, en la que solicitaba que se declarase que no era el padre de la menor. Caben reconocimientos de complacencia

Cuando se efectúa un reconocimiento de la paternidad por complacencia, su autor es plenamente consciente de que no es el padre del reconocido, aunque no lo explicita, «pues ello sería hasta contradictorio con su voluntad emitida»<sup>4</sup>. Es por lo que, un denominador común a los recursos que han dado lugar a los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre los reconocimientos de complacencia es que no se cuestiona la realidad de que el demandante no es el progenitor biológico del reconocido; es más, en ocasiones, se ha reputado innecesaria la práctica de la pertinente prueba pericial biológica<sup>5</sup>. El objeto de discusión ha sido la validez o nulidad del reconocimiento, la legitimación del reconocedor para la impugnación de la paternidad y el tipo de acción a ejercitar. En este sentido, a partir de la discutible sentencia de 15 de julio de 2016<sup>6</sup>, el Tribunal Supremo propugna la validez de los actos de reconocimientos efectuados por mera complacencia, mientras no se impugne la paternidad en tiempo y forma<sup>7</sup>, a través del ejercicio de una acción para la que considera legitimado al propio reconocedor<sup>8</sup>. Esta censurable doctrina

---

de la maternidad, si bien, en la práctica, las decisiones de nuestros tribunales han resuelto siempre los efectuados para la determinación de la paternidad.

<sup>4</sup> STS 12 julio 2004 (RAJ 2004, 5356). El Tribunal Supremo, en la sentencia de 15 de julio de 2016 (RAJ 2016, 3196), precisa que lo que caracteriza a estos reconocimientos «es que el autor del reconocimiento, sabiendo o teniendo la convicción de que no es el padre biológico del reconocido, declara su voluntad de reconocerlo con el propósito práctico de tenerlo por hijo biológico suyo: con la finalidad jurídica de constituir entre ambos una relación jurídica de filiación paterna como la que es propia de la paternidad por naturaleza».

<sup>5</sup> Así, por ejemplo, en el caso resuelto por la STS 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196) en la contestación a la demanda se alegó que la madre nunca había negado que el actor no era el padre biológico de su hija, por lo que carecía de sentido someterla a la prueba biológica de paternidad, cuando, además, ello nada iba a aportar a la litis.

<sup>6</sup> STS 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196).

<sup>7</sup> El Tribunal Supremo ha fijado como doctrina jurisprudencial que «el reconocimiento de complacencia de la paternidad no es nulo por ser de complacencia» y que «no cabe negar, por esa razón, la inscripción en el Registro Civil de tal reconocimiento de complacencia, aunque el encargado del Registro Civil disponga en las actuaciones de datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que el reconocimiento no se ajusta a la verdad biológica» [STS 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196)]. Esta posición de la Sala Primera del Tribunal Supremo es avanzada en la sentencia de 14 de julio de 2004 [STS 14 julio 2004 (RAJ 2004, 4676)], queda fijada de manera expresa en la sentencia de 15 de julio de 2016 [STS 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196)] y confirmada en la de 28 de noviembre de 2016 [STS 28 noviembre 2016 (RAJ 2016, 5636)].

<sup>8</sup> En mi trabajo BLANDINO GARRIDO, M.<sup>ª</sup>A., «La impugnación de los reconocimientos

jurisprudencial implica otorgar validez a un acto que, de modo consciente, contraviene el principio de prevalencia de la realidad natural (y no estamos hablando de la filiación adoptiva, ni de la procedente de las técnicas de fecundación asistida), en contra de nuestro vigente sistema constitucional y legal de la filiación (art. 39.2 CE)<sup>9</sup>. Al mismo tiempo, la falta de concordancia entre la filiación biológica y la jurídica abre en los reconocimientos de complacencia una vía para impugnar *a posteriori* el reconocimiento de la paternidad<sup>10</sup>, que el Tribunal Supremo no niega al propio reconocedor mendaz.

---

de complacencia», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, pp. 578-617, intento sustentar con fundamentos constitucionales y legales, frente a la doctrina jurisprudencial indicada, que los reconocimientos de complacencia no pueden ser válidos y que quien ha reconocido faltando a la verdad, siendo consciente de que no es el padre biológico del hijo reconocido, no puede gozar de legitimación para la impugnación posterior de una filiación que él mismo, de forma ficticia, ha creado.

<sup>9</sup> La Constitución española de 1978 otorgó un peso relevante al dato biológico en la determinación de la filiación, al dar vía libre a la investigación de la paternidad (art. 39.2 CE), cuya finalidad primordial es «la adecuación de la verdad jurídico-formal a la verdad biológica, adecuación vinculada a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)» [STC 138/2005, de 26 mayo (RTC 2005, 138), Fundamento jurídico cuarto]. El régimen de la filiación no adoptiva se sustenta, en nuestro ordenamiento, en la filiación que tiene lugar «por naturaleza» (art. 108 CC), esto es, en la paternidad y maternidad verdaderas, de ahí que los medios de determinación de la filiación, incluido el reconocimiento, estén dirigidos a hacer coincidir la realidad biológica con la jurídica. En concreto, respecto del reconocimiento, el Código civil lo considera un acto que efectúa el «progenitor» (arts. 122 y 125 CC), «madre» o «padre» (art. 124.II CC) respecto del «hijo» (art. 123 CC). En el ámbito judicial, el éxito de las acciones de reclamación e impugnación de la paternidad, que darán lugar a la determinación definitiva de la filiación, reside en la demostración de la paternidad biológica o la ausencia de este vínculo natural (art. 767 LEC).

<sup>10</sup> Como ha determinado el Tribunal Supremo, «pese a los desvíos de una conducta acorde con los modelos de asunción de lo antes querido, y su reprobación en los planos de la sociología al uso, dentro del campo del Derecho y de la legalidad imperante, sería una clamorosa irregularidad mantener un reconocimiento de filiación en contra de lo así sabido por los mismos interesados, evitando que de este modo se prolongue 'sin ne die' ese evidente estado civil pugnante con el personal diseño de los afectados» [STS 12 julio 2004 (RA) 2004, 5356].

## 2. Una nueva relación de filiación: el parentesco basado en el afecto

El contexto sociológico y jurisprudencial esbozado exige una respuesta del legislador, un replanteamiento de nuestro sistema legal de la filiación que se acomode a las nuevas realidades y que, junto al hecho natural de la procreación, reconozca el papel que juega la voluntad, la afectividad y el comportamiento de los sujetos implicados en las relaciones familiares. A este respecto, cada vez con mayor auge surgen normativas, propuestas de reforma y análisis doctrinales que abogan por el reconocimiento del parentesco socioafectivo, como la contemplada en el recién aprobado Código de las Familias cubano<sup>11</sup>. En nuestro país, cada vez más voces autorizadas proponen la idea de que la parentalidad social debe ser reconocida por el Derecho<sup>12</sup>. La admisión de este tipo de parentesco, basado en el afecto, no pone en entredicho el fundamento de la filiación por naturaleza como institución jurídica ni el propio sentido de la paternidad y de la

---

<sup>11</sup> Gaceta Oficial No. 87 Ordinaria de 2022. Ley 156/2022 «Código de las Familias». El art. 21 del Código cubano otorga carta de naturaleza al parentesco socioafectivo, que se define como aquel que «se sustenta en la voluntad y en el comportamiento entre personas vinculadas afectivamente por una relación estable y sostenida en el tiempo, que pueda justificar una filiación». En palabras de PÉREZ GALLARDO, L. B., «La multiparentalidad en el Derecho familiar cubano: una opción posible», en PÉREZ GALLARDO, L. B. y HERAS HERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup>M. (dirs.), *Propuesta para un nuevo Derecho de Filiación: la multiparentalidad*, Olejnik, Santiago (Chile), 2022, p. 209, «la socioafectividad se basa en una posesión de estado, en la que más que el *nomen*, que es lo que se interesa, entre otros aspectos, cuando se promueve un reconocimiento filiatorio socioafectivo, se hace necesario probar el *tractatus*, o sea, el tratamiento como hijo y como padre, respectivamente, lo cual supone una especial dedicación, formación, transmisión de valores, de cultura, confirmación de un sello de identidad, que hace que se construya la identidad dinámica del hijo o la hija sobre la base de ese vínculo filial que se va edificando y consolidando con el paso del tiempo».

<sup>12</sup> GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup>P., «Las repercusiones de las propuestas normativas sobre el género referido en el ámbito de las relaciones familiares (1)», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 30, 2021 (Ejemplar dedicado a: Derecho Privado y Autodeterminación de Género), pp. 82-114 (La Ley Digital). Estima RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Una revolución jurídica silenciosa: ¿filiación? ¿Qué es eso?», en MARÍN VELARDE, A., CABEZUELO ARENAS, A. L., MORENO MOZO, F. (dirs.), *Familia y Derecho en la España del siglo XXI: libro homenaje al profesor Luis Humberto Clavería Gosálbez*, Reus, Madrid, 2021, pp. 799, 800, que junto a las clásicas filiación por naturaleza y filiación por adopción las nuevas formas de filiación constituyen una especie de *tertium genus*.

maternidad<sup>13</sup>. Junto a la filiación como relación jurídica que media entre el progenitor y el hijo como consecuencia del hecho biológico de la generación, se trata de admitir una paternidad o maternidad fundada, desde su origen, en la mera voluntad de comportarse como padre o madre, de asumir el conjunto de deberes de cuidado, atención y alimentos que integran la relación de filiación con un menor de edad y que subsisten, en parte, con la mayoría de edad del hijo<sup>14</sup>. Lo relevante de esta relación de filiación reside en la relación de afecto y el cuidado que se dedica al hijo o hija. En este sentido, así como el reconocimiento ha de considerarse un título de determinación de una realidad biológica<sup>15</sup>, en el que la relación de procreación constituye un elemento estructural, la declaración por la que nace el vínculo socioafectivo es un mecanismo para el establecimiento legal de un vínculo jurídico de filiación creado *ex novo* por el declarante y fundado en el afecto.

La admisión, en nuestro ordenamiento, de la determinación de la filiación basada en el afecto permitiría poner fin a la problemática que suscitan los reconocimientos efectuados por complacencia. Cuando se efectúa un acto de reconocimiento de complacencia, el reconecedor desea instaurar la relación de filiación con el reconocido, es decir, quiere comportarse respecto al reconocido como si fuese hijo suyo. En esto se diferencian de los denominados reconocimientos «de conveniencia» o en fraude de ley<sup>16</sup>, cuya finalidad es «crear una mera

---

<sup>13</sup> Al cuestionamiento de estos aspectos esenciales del Derecho de la filiación no adoptiva se refieren BARBER CÁRCAMO, R., QUICIOS MOLINA, S., VERDERA SERVER, R. (coord.), en la «Presentación» de la obra *Retos actuales de la filiación*. Asociación de Profesores de Derecho Civil, Tecnos, Madrid, 2018, p. 13.

<sup>14</sup> GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> P., *op. cit.*, pp. 82-114.

<sup>15</sup> En palabras de RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Los reconocimientos de complacencia (Con ocasión de unas sentencias recientes)», *ADC*, 2005, p. 1055, «la filiación jurídica *por naturaleza* no es creada *ex novo*, sino constatada a efectos legales».

<sup>16</sup> Los reconocimientos realizados en fraude de ley se contemplan en el apartado 4 del art. 235-27 CC.Cat., a cuyo tenor, «[e]l reconocimiento de la paternidad hecho en fraude de ley es nulo», añadiendo la norma que «[l]a acción de nulidad es imprescriptible y puede ser ejercida por el ministerio fiscal o por cualquier otra persona con un interés directo y legítimo». El TSJ de Cataluña ha negado que los reconocimientos de complacencia, en Cataluña, se encuentren insertos en este art. 235-27.4 CC.Cat., que regula los reconocimientos fraudulentos [SSTS] Cataluña, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1<sup>a</sup>), 1 julio (RAJ 2019, 4423) y 8 julio 2019 (JUR 2019, 261355)], es decir, aquellos que «no se encaminan a establecer vínculos de filiación sino que persiguen una finalidad ilegítima, contraria al ordenamiento jurídico»



apariencia de que existe dicha relación de filiación, en orden a conseguir la consecuencia jurídica favorable de una norma (sobre nacionalidad, permisos de residencia, beneficios sociales, etc.) cuyo supuesto de hecho la requiere»<sup>17</sup>. Con la recepción del parentesco socioafectivo, la relación de afecto entre el declarante y el declarado hijo, mantenida en el tiempo, quedaría instaurada, sin faltar a la verdad en cuanto al presupuesto que permite formalizar el vínculo de filiación. En consecuencia, establecida esta relación sustentada en el afecto (y no en la supuesta relación biológica), esta discordancia entre la filiación natural y la jurídica no constituirá un motivo para deshacer el parentesco establecido. La estabilidad de la relación socioafectiva permitiría, de este modo, dar cumplimiento a las exigencias del principio de seguridad jurídica en las relaciones familiares y de estabilidad de los estados civiles, especialmente en interés de los menores de edad (arts. 9.3, 39.3 y 39.4 CE).

### **3. Una propuesta para la regulación del parentesco socioafectivo en el ordenamiento español**

#### **3.1. Ámbito de aplicación**

Como se ha señalado, el parentesco socioafectivo podría dar respuesta a los supuestos que ha venido cubriendo, de forma ilícita, el reconocimiento de complacencia, esto es, el del hombre que, en el marco de una relación conyugal o de convivencia de hecho, decide

---

[STS] Cataluña, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), 8 julio 2019 (JUR 2019, 261355)].

<sup>17</sup> STS 15 julio 2016 (RAJ 2016, 3196). Equipara, en cambio, los reconocimientos «de complacencia» a los de «conveniencia interesada», la STS 12 julio 2004 (RAJ 2004, 5356). La distinción entre los reconocimientos «de complacencia» (en los que el autor desea establecer la relación de filiación) y los efectuados «por conveniencia» o en fraude de ley (a través de los cuales se pretende conseguir los beneficios de una norma que exige la filiación), aparece, en cambio, desdibujada en las resoluciones de la DGRN. Así, por ejemplo, la RDGRN 4 septiembre 2015 (JUR 2016, 50291) considera reconocimiento de complacencia el efectuado por un ciudadano español 49 años después del nacimiento de la reconocida y unos meses antes de iniciar el hijo de la reconocida el expediente de opción a la nacionalidad española.

reconocer al hijo que tuvo su compañera (esposa o conviviente) antes de iniciarse esta relación de pareja, sin paternidad determinada. No estimo procedente, en cambio, por innecesario, la asunción del rol parental respecto de los hijos afines, con las obligaciones legales personales y económicas que conlleva la filiación, cuando estos hijos cuentan con sus dos progenitores determinados, sin perjuicio del afecto que se pueda sentir hacia ellos<sup>18</sup>. A este respecto, creo que la norma contenida en el art. 236-14 CC.Cat. otorga una respuesta adecuada a la situación del cónyuge o conviviente del progenitor en las familias reconstituidas<sup>19</sup>, sin necesidad de instaurar una nueva relación de parentesco (multiparentalidad)<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Como expone CORONA QUESADA, M. C., *Problemas jurídicos actuales de la paternidad. Conflictos de paternidades y multiparentalidad*, Atelier, Barcelona, 2022, p. 23, se distingue entre la paternidad plural o múltiple en sentido estricto, que comporta «permitir que se determine jurídicamente la filiación paterna y que sea eficaz respecto de dos varones»; y la paternidad plural o múltiple en sentido más amplio, que consiste en «dejar que los efectos derivados de la filiación se produzcan respecto del padre legal y en que solo algunos de esos efectos se compartan (o se repartan) parcialmente con una segunda figura paterna, como podría ser el padre biológico (no jurídico)». Este último supuesto sería el regulado en el § 1686<sup>a</sup> BGB, que permite que se conceda al progenitor que no sea el padre legal el derecho a relacionarse con su hijo y el derecho a obtener información sobre las circunstancias personales del niño cuando concurren determinados requisitos.

<sup>19</sup> El art. 236-14 CC.Cat. («Facultades del cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor») se expresa en los términos siguientes:

«1. El cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor que en cada momento tiene la guarda del hijo tiene derecho a participar en la toma de decisiones sobre los asuntos relativos a su vida diaria.

2. En caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente en pareja estable prevalece el criterio del progenitor.

3. En caso de riesgo inminente para el menor, el cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor que tiene la guarda del hijo puede adoptar las medidas necesarias para el bienestar del hijo, de todo lo cual debe informar sin demora a su cónyuge o conviviente. Este debe informar de ello al otro progenitor».

<sup>20</sup> Un novedoso planteamiento es el que efectúa BARBA, V., «Familias recompuestas y Derecho de Sucesiones: una posible propuesta de regulación», *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 3 (julio-septiembre, 2022), pp. 191 y ss, cuando distingue dos hipótesis: «progenitor afín de hecho» y «progenitor afín reconocido». Para el autor, así como «el primer caso debería consistir en una disciplina básica que se aplica por el mero hecho de la convivencia, reconociendo legalmente el papel y la responsabilidad del progenitor afín, [...] el segundo debería presuponer una regulación más compleja, casi comparable a la filiación, que presupone un reconocimiento formal del papel del progenitor afín».

### 3.2. La declaración de voluntad de instaurar la relación socioafectiva

Como es sabido, la filiación por naturaleza se determina en nuestro ordenamiento de forma distinta si hay matrimonio que, si no lo hay, aunque los efectos, una vez fijada, sean idénticos por imperativo constitucional (arts. 14 y 39 CE y 108 CC)<sup>21</sup>. Partiendo de esta dualidad, el sistema instaurado en el Código Civil con la reforma de 1981 facilita la determinación y la reclamación de la filiación matrimonial, dificultando su impugnación<sup>22</sup>. En la filiación extramatrimonial, en cambio, no cabe la determinación por medio de presunciones, y la legitimación activa y los plazos para impugnar se amplían (arts. 139 y 140 CC). Este régimen ha permanecido inmutable en nuestro Código, sin que el legislador haya apreciado la necesidad de recoger una presunción de paternidad no matrimonial derivada de la convivencia, pese al incremento del porcentaje de hijos nacidos de madres no casadas acaecido en los últimos cuarenta años<sup>23</sup>. Otro factor en que incidió la reforma de 1981 en cuanto al régimen de las acciones de filiación es el de la existencia o no de la posesión de estado, a fin de facilitar la adecuación de la filiación legal a la social, esto es, la que se vive por la posesión de estado<sup>24</sup>.

Para la fijación de la filiación no matrimonial el legislador ha otorgado un valor relevante a la voluntad individual a través del acto de reconocimiento<sup>25</sup>. Nuestro ordenamiento considera el

---

<sup>21</sup> Un análisis de esta distinción en FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., VERDERA SERVER, R., «Retos actuales de la determinación extrajudicial de la filiación», en *Retos actuales de la filiación*. Asociación de Profesores de Derecho Civil, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 16-30. La dualidad en la determinación extrajudicial de la filiación y, más concretamente, de la paternidad, según tenga carácter matrimonial o extramatrimonial, goza, conforme a la jurisprudencia constitucional, de una «justificación suficiente, objetiva y razonable» [Fundamento jurídico tercero de la STC 138/2005, de 26 de mayo (RTC 2005, 138) y cuarto de la STC 273/2005, de 27 de octubre (RTC 2005, 273)].

<sup>22</sup> Sobre la relevancia de que la filiación se produzca dentro o fuera del matrimonio en orden a su determinación legal, se manifestaba la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley que dio lugar a la reforma de 1981.

<sup>23</sup> Según datos del INE la proporción de nacidos de madres no casadas en nuestro país era en 1975 de 2,02, siendo en 2021 (último año publicado) de 49,25.

<sup>24</sup> STS 3 diciembre 2014 (RAJ 2014, 6258).

<sup>25</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., », *op. cit.*, p. 1052, pone de manifiesto «el amplio espacio dejado a la voluntad individual en la determinación extrajudicial de la filiación no

reconocimiento como una de las formas -en la práctica, la más habitual- de determinación de la filiación no matrimonial por naturaleza (art. 120.1º y 2º CC)<sup>26</sup>. En realidad, el padre no reconoce al sujeto como hijo no matrimonial, sino que reconoce la paternidad, lo reconoce como hijo suyo<sup>27</sup>. A través de este acto, su autor admite ser el progenitor del reconocido, lo que conlleva, si concurren las condiciones exigidas en cuanto a forma, autorizaciones y consentimientos, la determinación legal de la filiación.

La determinación del parentesco socioafectivo estimo que ha de provenir también de una declaración de quien pretende ser considerado progenitor. No cabe que entre en juego ninguna presunción legal para la fijación de este tipo de filiación. Mediante esta declaración, se manifiesta una voluntad de considerar como hijo o hija a otra persona con la que existen relaciones de afecto. Así como el reconocimiento constituye, según la doctrina más asentada, una «declaración de ciencia»<sup>28</sup>, «una pura y simple afirmación de paternidad o maternidad biológica»<sup>29</sup>, «cuyo contenido implícito o explícito es la declaración de que ha existido el hecho biológico de la procreación del que ha nacido el hijo sobre el que recae el reconocimiento»<sup>30</sup>, la instauración del parentesco socioafectivo se sustenta en una «declaración de voluntad», en una verdadera voluntad de establecer legalmente la relación jurídica entre progenitor e hijo/a. Por otra parte, mientras el reconocimiento constituye un acto

---

matrimonial, la desproporción entre los pocos requisitos para determinar por ese procedimiento la filiación y los muchos y graves efectos que de ésta derivan».

<sup>26</sup> Al margen del reconocimiento formal que regula el art. 120.1º CC, en la filiación matrimonial caben también otros reconocimientos, como el expreso o tácito al que se refiere el art. 117 CC y el implícito en el consentimiento para la inscripción de la filiación como matrimonial que contempla el art. 118 CC [STS de 5 de julio de 2004 (RAJ 2004, 5454)].

<sup>27</sup> FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. y VERDERA SERVER, R., *op. cit.*, p. 20.

<sup>28</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. (dir.), *Elementos de Derecho Civil*, t. IV, *Familia*, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2010, p. 325 y MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 julio de 2016 (496/2016). Reconocimiento de complacencia», YZQUIERDO TOLSADA, M. (coord.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 352-353, entre otros.

<sup>29</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil*, t. IV, *Derecho de Familia*, 11ª ed., Edisofer, Madrid, 2007, p. 222.

<sup>30</sup> DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2006, p. 235.

jurídico voluntario, en cuya virtud, el padre declara que una persona es su hijo, al margen de que la relación sea más o menos afectiva y del grado concreto de implicación que se pretenda asumir<sup>31</sup>, la declaración de voluntad de quien pretende entablar una relación filial socioafectiva se fundamenta precisamente en el afecto, elemento clave en el que se sustenta esta nueva forma de filiación.

El reconocimiento es un acto que presupone la realidad de la filiación reconocida, esto es, que quien reconoce es el padre biológico del hijo reconocido<sup>32</sup>. El problema, como ha sido destacado<sup>33</sup>, es que nuestro ordenamiento no exige que se acredite la veracidad de la filiación afirmada. La declaración de constituir el parentesco socioafectivo, en cambio, parte del hecho indubitado de que no existe relación biológica y pretende el establecimiento de una relación formal basada en el afecto.

El reconocimiento, como acto de determinación de la filiación por naturaleza, es caracterizado en la jurisprudencia por ser un acto unilateral, personalísimo, formal o solemne e irrevocable<sup>34</sup>. Estos

---

<sup>31</sup> SAP Vizcaya (Sección 3ª), 16 diciembre 1999 (AC 1999, 7455) y SAP Sevilla (Sección 2ª), 17 septiembre 2002. (JUR 2003, 89330).

<sup>32</sup> BERROCAL LANZAROT, A. I., «Reconocimiento de la filiación por complacencia. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de noviembre de 2010», *RCDI*, 2011, p. 3422. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, p. 1055, destaca que «el reconocimiento es un título de determinación de la filiación, de establecimiento legal de una filiación que el ordenamiento presume o supone que biológicamente existe, no una creación artificial a partir de una realidad inexistente».

<sup>33</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., «Prólogo», en GALLO VÉLEZ, A. S., *Los reconocimientos de complacencia en el Derecho Común español*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 14 y 15.

<sup>34</sup> STS 27 octubre 1993 (RAJ 1993, 7664). Las SAP Pontevedra (Sección 5ª), 31 enero 2002 (AC 2002, 445) y la SAP A Coruña (Sección 3ª), 23 febrero 2007 (JUR 2007, 138259) desarrollan cada uno de estos caracteres, en el sentido siguiente: «a) Se trata de un acto unilateral, al consistir en una declaración única y no recepticia del reconecedor, que no precisa de aceptación. b) Se trata de un acto personalísimo del reconecedor –que es el único que conoce y puede declarar tanto las relaciones sexuales habidas con el otro progenitor de las que ha nacido el reconocido (como hijo propio), cuanto su condición de ser padre o madre, hechos ambos implícitos en la afirmación que comporta todo reconocimiento–. c) Se trata de un acto formal y expreso. d) Se trata de un acto puro, no sometible a condición o término. e) se trata de un acto irrevocable –como cabe inferir del contenido del artículo 741 del Código Civil –, aunque susceptible de impugnación».

mismos caracteres considero que deben concurrir en la declaración de voluntad que da lugar al parentesco socioafectivo. La declaración de la paternidad o maternidad socioafectiva es un acto personalísimo puro, esto es, no sujeto a condición, término o modo<sup>35</sup>.

Por último, conforme a la regulación vigente, la determinación de la paternidad no matrimonial derivada del reconocimiento puede tener lugar con carácter simultáneo o sucesivo al establecimiento de la maternidad (arts. 120, apartado 1º y 5º, CC)<sup>36</sup>; no obstante, en la práctica, cuando estamos ante un reconocimiento de complacencia, la paternidad se reconoce de forma sucesiva a la fijación de la maternidad. La determinación del parentesco socioafectivo podrá tener lugar con carácter simultáneo o sucesivo al establecimiento de la filiación materna o paterna (por naturaleza o por adopción).

### 3.3. Relación de afectividad estable

La filiación construida socioafectivamente debe fundarse en una relación de afecto estable, esto es, mantenida en el tiempo, entre el declarante y la persona declarada hijo/a. A mi modo de ver, es necesario que la relación de afecto concorra entre los sujetos de la relación filial que se va a constituir (con independencia de que exista o no ese afecto entre el declarante y el progenitor legalmente determinado). La situación difiere de la realidad práctica a la que responden los reconocimientos de complacencia, que se realizan con pleno conocimiento de la falta de vínculo biológico con la persona reconocida; en estos casos, el autor es consciente de que el hijo reconocido no fue engendrado por él, efectuando el reconocimiento

---

<sup>35</sup> En la STC 138/2005, de 26 mayo (RTC 2005, 138), se afirma que el reconocimiento de la paternidad «es un acto personalísimo puro (esto es, no sujeto a condición, término o modo) mediante el que declara que ha existido el hecho biológico de la procreación del que ha nacido el hijo sobre el que recae el reconocimiento» (Fundamento jurídico tercero).

<sup>36</sup> La posibilidad de determinar la filiación no matrimonial paterna de forma simultánea a la de la madre aparece reconocida en el art. 120.1º CC, tras la reforma operada por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.

como acto de complacencia, normalmente, por razones afectivas con la madre (y no necesariamente con el propio hijo/a).

### 3.4. Forma

En lo que concierne a la forma de determinar el parentesco socioafectivo, considero, por una parte, que podrían utilizarse las mismas formalidades previstas para el acto de reconocimiento y que, por tanto, cabría que la declaración de voluntad se formulase ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público (art. 120.2º CC). En consecuencia, con las salvedades que expondré en el apartado siguiente, no veo inconveniente en que el parentesco socioafectivo -dentro del ámbito de aplicación limitado que se ha expuesto- se constituya extrajudicialmente<sup>37</sup>. Por otra parte, del mismo modo que cuando se efectúa un reconocimiento de la paternidad las facultades del juez encargado del Registro Civil no alcanzan a la comprobación de la veracidad de la declaración<sup>38</sup>, en el parentesco socioafectivo no es preciso averiguar la realidad del afecto.

### 3.5. Consentimientos, audiencias y aprobaciones

Al acto de determinación de la filiación socioafectiva estimo que deberían aplicarse, con las debidas adaptaciones, los requisitos de

---

<sup>37</sup> El art. 21.2 del Código de las Familias de Cuba exige, en cambio, que la determinación de este parentesco se efectúe por la autoridad judicial: «El parentesco socioafectivo es reconocido excepcionalmente por el tribunal competente [...]». Expone PÉREZ GALLARDO, L. B., *op. cit.*, p. 202, que «se ha considerado oportuno y prudente la apertura hacia la multiparentalidad desde el ámbito de actuación judicial por varias razones: entre ellas la naturaleza colegiada de los tribunales, su experiencia profesional, la necesidad de valoración de medios probatorios, la intervención fiscal en todo caso y la participación de equipos multidisciplinarios [...]».

<sup>38</sup> RDGRN 8 septiembre 1992 (RAJ 1992, 7295). Esta resolución precisó que «aunque las facultades calificadoras del Encargado no alcanzan a la comprobación de la veracidad de la declaración [cfr. art. 27 LRC] y no quede por ello impedida totalmente la eficacia “prima facie” de los llamados reconocimientos de complacencia, es obvio que, en armonía con el principio de veracidad biológica, informador de la reforma del Código Civil en materia de filiación, habrá de ser rechazada la inscripción del reconocimiento cuando del título formal acompañado y, en su caso, de las diligencias comprobatorias oportunas (cfr. art. 28 LRC) se desprenda que el autor del reconocimiento no es el padre biológico del reconocido».

validez o eficacia del reconocimiento establecidos en los arts. 121, 123, 124 y 126 CC. Estos preceptos exigen una serie de consentimientos, audiencias y aprobaciones o autorizaciones judiciales, en atención a las especiales circunstancias del reconecedor o del reconocido.

Aplicado a la filiación socioafectiva, cuando la declaración de voluntad por la que se instaura este parentesco sea otorgada por menores no emancipados necesitará para su validez aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal. Si se otorga por personas mayores de edad respecto de las que hayan establecido medidas de apoyo se estará a lo que resulte de la resolución judicial o escritura pública que las haya establecido. Si nada se hubiese dispuesto y no hubiera medidas voluntarias de apoyo, se instruirá la correspondiente revisión de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas para completarlas a este fin (adaptación del art. 121 CC).

Cuando el vínculo socioafectivo se pretenda instaurar respecto de una persona mayor de edad, no producirá efectos sin su consentimiento expreso o tácito. El consentimiento para la eficacia de la determinación de la filiación socioafectiva de la persona mayor de edad con discapacidad se prestará por esta, de manera expresa o tácita, con los apoyos que requiera para ello. En caso de que exista resolución judicial o escritura pública que haya establecido medidas de apoyo, se estará a lo allí dispuesto (adaptación del art. 123 CC).

La eficacia de la declaración por la que se establece la filiación socioafectiva de un menor de edad requerirá el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido (adaptación del art. 124 CC).

Por último, la declaración efectuada respecto a una persona ya fallecida sólo surtirá efecto si lo consintieren sus descendientes por sí o por sus representantes legales (adaptación del art. 126 CC).



#### 4. Efectos del parentesco socioafectivo

La declaración de quien pretenda establecer una relación de parentesco socioafectivo ha de sustentarse en la voluntad, de manera que es posible que exista la relación de afecto estable pero que no exista voluntad de constituir formalmente la relación paterna o maternofamiliar. Efectuada la declaración cumpliendo los requisitos exigidos, se producirán los efectos derivados del parentesco socioafectivo. La situación se asemeja a la que tiene lugar, conforme a la regulación vigente, con el reconocimiento, como acto de determinación de la filiación biológica, en el cual, la voluntad juega en el momento de la emisión de la declaración, en la medida en que queda a la libertad del reconocedor realizar o no el acto; pero una vez formulada la declaración, los efectos son los que establece la ley<sup>39</sup>, sin que el reconocedor pueda variar o adaptar su alcance<sup>40</sup>.

Declarada la voluntad de entablar el parentesco socioafectivo y determinado el mismo, los efectos han de ser los propios de la relación jurídica de filiación<sup>41</sup>. De este modo, mientras el hijo sea menor de

---

<sup>39</sup> Para GALLEGU DOMÍNGUEZ, I., «Comentario al Artículo segundo. Seis», en AA.VV.: *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 486, la nueva literalidad del art. 138 del CC abona, con toda corrección la tesis del reconocimiento como acto jurídico -los efectos se producen «ex lege»- más que como negocio jurídico de familia, cuyos efectos se producen «ex voluntate».

<sup>40</sup> Señala la STS 14 marzo 1994 (RAJ 1994, 1777) que «el acto del reconocimiento es una declaración de voluntad tendente a producir efectos jurídicos y no puede degradarse a la categoría de confesión extrajudicial, medio de prueba, una de las utilizables según el derecho para acreditar los hechos, los actos jurídicos y los contratos». La SAP Asturias, 20 septiembre 1994 (AC 1994, 1507) y la SAP Soria, 23 diciembre 2002 (JUR 2003, 44003) destacan que el reconocimiento «es un acto jurídico con efectos predeterminados por la Ley en el que el sujeto, como sucede con otras instituciones como el matrimonio, no puede regular su contenido por lo que el único campo en que opera la autonomía de la voluntad es en la emisión de la declaración pero no en la determinación de los efectos que de ella se derivan».

<sup>41</sup> El art. 21.2 del Código de las Familias de Cuba otorga al parentesco socioafectivo «los mismos efectos que el parentesco consanguíneo conforme a las pautas establecidas en el Artículo 57.3 de este Código». Como señala PÉREZ GALLARDO, L. B., «El nuevo desafío de la filiación para el derecho de sucesiones: la multiparentalidad», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2019 (Ejemplar dedicado a: Monográfico: Cuestiones actuales del Derecho Sucesorio), pp. 159-185 (La Ley Digital), «los padres y madres socioafectivos son tan padres y madres como los biológicos».

edad, entrará en juego la patria potestad o potestad parental; al margen de esta función dirigida a la protección del menor, de la filiación dimana la obligación de alimentos y la aplicación del régimen de los apellidos, la nacionalidad, la vecindad civil y los derechos sucesorios<sup>42</sup>. La única especialidad que concibo justificada en una posible regulación de los efectos de la filiación socioafectiva es la que tendría lugar en el caso de que el parentesco socioafectivo se determine una vez fallecido uno de los progenitores del hijo. En estos casos, considero que el parentesco socioafectivo no tiene por qué dar lugar a la eliminación de los apellidos del progenitor fallecido. Así, a mi juicio, una vez determinado el parentesco sustentado en el afecto, debería permitirse que el hijo o hija mantenga el apellido del progenitor (biológico o adoptivo) fallecido. Asimismo, considero que deben mantenerse las prohibiciones de matrimonio respecto de la familia biológica, tal y como sucede en el parentesco adoptivo (art. 178.3 CC), de manera que el hijo o la hija socioafectivo/a no podrá casarse con parientes de la familia biológica.

La filiación socioafectiva no será matrimonial ni extramatrimonial, careciendo de relevancia el hecho de que los progenitores estén o no casados entre sí. Esta distinción tan solo resulta aplicable en la filiación por naturaleza de cara a su determinación y vías de impugnación<sup>43</sup>. El parentesco socioafectivo se determina del mismo modo esté o no casado el progenitor socioafectivo con el padre o la madre biológico/a o adoptivo/a.

---

<sup>42</sup> Argumenta PÉREZ GALLARDO, L.B., *op. ult. cit.*, que no se generarán derechos sucesorios para el hijo socioafectivo cuando al momento del fallecimiento de aquellas personas emparentadas con el padre o la madre socioafectiva, no exista vínculo afectivo alguno con esa familia, de manera que el reconocimiento filiatorio ulterior, no expandirá sus efectos jurídicos a una fecha en la que aún no había socioafectividad alguna.

<sup>43</sup> Así, en el acto de reconocimiento de la filiación, el carácter -matrimonial o no matrimonial- de la filiación es un «efecto automático que no requiere manifestación alguna de voluntad de los progenitores sin que tampoco la voluntad en contra de éstos tenga eficacia» [SAP Vizcaya (Sección 3ª), 16 diciembre 1999 (AC 1999, 7455)].

## 5. El carácter irrevocable de la determinación del parentesco socioafectivo

Dentro de los caracteres asociados al reconocimiento de la filiación biológica, a los efectos de este estudio, interesa destacar la nota de la irrevocabilidad. El reconocimiento es un acto unilateral que, una vez formulado, no permite a su autor arrepentirse o retractarse de la declaración emitida, revocándola<sup>44</sup>. La irrevocabilidad del reconocimiento obedece a exigencias de seguridad y de permanencia del estado civil de filiación<sup>45</sup>, así como a la aplicación de la doctrina que veda ir contra los propios actos<sup>46</sup>. El ordenamiento, así pues, no otorga valor a las decisiones del reconocedor contrarias a la declaración formulada, aunque cuenten con la conformidad de la madre del reconocido<sup>47</sup>. En este sentido, ni siquiera en el caso de que

---

<sup>44</sup> *Vid.* SAP Vizcaya (Sección 3ª), 16 diciembre 1999 (AC 1999, 7455) y SAP Sevilla (Sección 2ª), 17 septiembre 2002 (JUR 2003, 89330).

<sup>45</sup> La STS 20 enero 1967 (RAJ 1967, 383) establece que «el reconocimiento es, en principio, irrevocable por exigencias de la seguridad del estado civil de las personas, dado que el cambio de voluntad de reconocer es incompatible con las condiciones de permanencia de todo estado civil». En la misma línea, la RDGRN 14 marzo 1994 (RAJ 1994, 2296) señala que «en armonía con el consiguiente carácter de interés o de orden público que, en el plano jurídico, tiene todo estado civil, las cuestiones relativas al mismo están, en principio, sustraídas a la autonomía de la voluntad (cfr. arts. 6, 1271 y 1814 CC), lo cual determina que no pueda darse relevancia a las decisiones de los interesados, fuera de los supuestos permitidos por las leyes». En el mismo sentido, SAP Guadalajara, 26 octubre 2002 (JUR 2002, 285419).

<sup>46</sup> La RDGRN 14 marzo 1994 (RAJ 1994, 2296) apunta que «agotada la intervención que en la constitución del estado de hijo no matrimonial atribuye la ley al declarante, éste no puede después ni aun con el consentimiento de la madre, yendo, además, contra sus propios actos, ni renunciar en bloque a las consecuencias jurídicas que su acto jurídico comporta, ni tampoco arrepentirse o retractarse de su declaración, revocándola».

<sup>47</sup> No cabe tampoco otorgar valor a la revocación del consentimiento prestado por la madre, pues, como dispuso la RDGRN 11 noviembre 1987 (RAJ 1987, 8734), «una vez obtenido el consentimiento del representante legal, éste no puede, yendo contra sus propios actos, desdecirse o retractarse de su declaración. Las mismas razones que inducen a configurar el reconocimiento como un acto irrevocable (cfr. sobre todo, art. 741 CC) juegan para el consentimiento complementario del reconocimiento y que dota a éste de plena eficacia. Por esto es aquí intrascendente que la madre, desde el principio conforme con la inscripción de la filiación paterna, haya alegado después en el recurso que no desea que el varón autor del reconocimiento figure como padre de la menor, porque no lo es y porque no quiere mantenerla. El reconocimiento ha quedado perfeccionado, es por ello inscribible y

el reconocimiento se haya efectuado a través de un testamento –acto revocable por definición- la revocación de este supondrá la del reconocimiento de los hijos no matrimoniales que pueda contener dicho documento (art. 741 del CC y 422-8.2 CC.Cat.). El que reconoce una filiación extramatrimonial no puede retractarse posteriormente del reconocimiento; ahora bien, cabe que recurra a su impugnación, si acredita que su voluntad estaba viciada<sup>48</sup> o se demuestra, posteriormente, que el reconocido no es hijo del que le reconoció<sup>49</sup>, siempre que esta circunstancia no fuese conocida por el reconocedor cuando efectuó el acto de reconocimiento<sup>50</sup>.

En relación con los reconocimientos de la paternidad efectuados por complacencia, el conflicto emerge cuando su autor, tiempo después, como consecuencia de las desavenencias con su esposa o pareja, a la sazón madre del reconocido, pretende deshacer la filiación por él mismo creada, impugnando la paternidad en su día declarada. Los motivos de este cambio de actitud pueden ser muy variados, pero lo más frecuente es que obedezca a un móvil económico (evitar la carga económica que la condición de progenitor lleva aparejada)<sup>51</sup>. En otro lugar he mantenido una postura crítica ante el criterio sostenido por la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo, en sus sentencias más recientes, en las que mantiene la validez de estos reconocimientos y, al mismo tiempo, la legitimación de su autor para impugnar la filiación derivada de esta declaración mendaz<sup>52</sup>. Con su doctrina, el Tribunal Supremo conculca la seguridad del estado civil de las personas, del que forma parte la filiación, al hacer depender el reconocimiento de la exclusiva voluntad del reconocedor: primero, apreciando que cabe

---

las alegaciones de la madre corresponden a otras instancias».

<sup>48</sup> Como señala la STS 27 octubre 1993 (RAJ 1993, 7664), «resulta incuestionable el principio legal y jurisprudencial que atribuye al reconocimiento de paternidad los caracteres de acto unilateral, personalismo, formal y sobre todo irrevocable (arts. 120.1.º y 741 del Código Civil); perdiendo su fuerza legal únicamente si se acredita que se ha incurrido en un vicio de la voluntad».

<sup>49</sup> SSTS 20 enero 1967 (RAJ 1967, 383) y 10 febrero 1997 (RAJ 1997, 937).

<sup>50</sup> *Vid.*, este en este sentido, la SAP A Coruña (Sección 3ª), 23 febrero 2007 (JUR 2007, 138259).

<sup>51</sup> Así, por ejemplo, en el caso resuelto por la STS 14 julio 2004 (RAJ 2004, 4676) el demandante sólo reaccionó al cabo de más de seis años desde el reconocimiento y cuando los alimentos a su cargo se fijaron en cantidad superior a la propuesta por él mismo en su contestación a la demanda de separación conyugal.

<sup>52</sup> BLANDINO GARRIDO, M.ª.A., *op. cit.*, pp. 578-617.

declarar la paternidad a sabiendas de que no hay relación biológica; y, segundo, al legitimar al declarante para eliminar o revocar a su antojo aquel reconocimiento por medio de la acción de impugnación de la filiación declarada e inscrita en el Registro civil<sup>53</sup>. En este sentido, nada resulta más opuesto a la proclamada protección integral de los hijos que «un reconocimiento quede al arbitrio de un reconocedor y de que mantenga las buenas relaciones con la madre de un hijo biológico de ella y reconocido por él»<sup>54</sup>. La protección del interés superior del menor resulta, además, contraria a esta inexactitud en la determinación de la paternidad, causante de la anomalía de atribuir la patria potestad a quien, no siendo el progenitor<sup>55</sup>, decide saltarse los controles previstos en nuestro ordenamiento para la tramitación del expediente de adopción.

Partiendo de estas consideraciones, el principio de la irrevocabilidad es el único que concibo que puede presidir cualquier regulación que se otorgue en nuestro ordenamiento a la filiación basada en el afecto. En la medida en que la filiación derivada del afecto se fundamenta en la voluntad de comportarse como progenitor y en la relación de afectividad, y no en el dato biológico, una vez instaurada ha de resultar irrevocable. De este modo, el progenitor afectivo no puede desvincularse a su antojo del vínculo paternofamiliar que en su día quiso instaurar. El parentesco socioafectivo descansa en la paternidad ejercida durante un cierto período de tiempo y en el afecto que se profesa hacia el declarado hijo/a, pero, al igual que sucede con la adopción, la pérdida del afecto no puede ser un motivo para deshacer

---

<sup>53</sup> Comenta RIVERO HERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, pp. 1056 y 1057, que “[l]a abierta posibilidad de los reconocimientos de complacencia [...] [c]rea también una no menos seria inseguridad jurídica en cuanto al estado de filiación del reconocido, ya que ese reconocimiento, aun formalmente irrevocable, en la práctica permite al reconocedor dejarlo sin efecto a voluntad (y no le resulta difícil, pues sabe que no es progenitor) dada la posibilidad, que los reconocedores de complacencia no desaprovechan, de impugnación de la filiación resultante en condiciones (acción, legitimación, plazos) mal definidas legalmente para este caso”.

<sup>54</sup> Fundamento jurídico cuarto del voto particular de O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. a la STS 4 julio 2011 (RAJ 2011, 5965). Opina RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Los reconocimientos de complacencia», *op.cit.*, p. 1059, que en los reconocimientos de complacencia la dignidad de la persona no sale bien parada, «en cuanto al hijo, casi objeto de tráfico».

<sup>55</sup> STS 30 enero 1993 (RAJ 1993, 353).

el vínculo creado<sup>56</sup>. Es evidente, además, que el vínculo paternofilial no puede quedar condicionado a cómo funcione la relación de pareja entre el declarante y el progenitor/a. Ni la quiebra de la convivencia entre el progenitor socioafectivo y el progenitor biológico o adoptivo, ni la ruptura de la propia relación socioafectiva entre progenitor e hijo, han de amparar la desaparición de este vínculo paternofilial.

No cabe tampoco admitir la impugnación del vínculo socioafectivo con base en la inexistencia de relación biológica entre el progenitor socioafectivo y el hijo o hija. Ello en la medida en que el parentesco socioafectivo parte del presupuesto de que entre el declarante y el declarado hijo/a no existe vínculo genético, es decir, al efectuarlo se tiene la certeza de que la relación afectiva no se corresponde con un vínculo biológico. En consecuencia, al igual que no es posible revocar una adopción alegando la falta de relación biológica entre el adoptante y el adoptado, carece de sentido admitir la impugnación de la filiación fundada en el afecto invocando la inexistencia de vínculo genético. Lo que sí podría dar lugar, según las circunstancias del caso, a la extinción de la filiación socioafectiva es el ejercicio de una acción de reclamación de la filiación por parte de presunto progenitor biológico. En estos casos, estimo que la autoridad judicial deberá resolver atendiendo a los intereses concurrentes y, en especial, a la protección del interés superior del menor<sup>57</sup>.

La declaración dirigida a instaurar el parentesco socioafectivo sí que podrá ser impugnada por el declarante o sus herederos por existencia de vicios en la formación o exteriorización de la voluntad. A este respecto, considero que debe reconocerse la posibilidad de impugnación del título de determinación de la filiación socioafectiva, mediante la llamada acción declarativa negativa que regulan los

---

<sup>56</sup> WELTER, B. P., «Igualdade entre a filiação biológica e sociafetiva», *Revista Brasileira de Direito de Família*, 2002, p. 151.

<sup>57</sup> Para GARCÍA RUBIO, M.ª.P., «Un niño o una niña pueden tener más de dos madres o de dos padres. Hacia el reconocimiento jurídico de la multiparentalidad», en SOLÉ RESINA, J. (coord.), *Persona, familia y género. Liber Amicorum a M<sup>a</sup> del Carmen Gete-Alonso y Calera*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 216-217, resulta particularmente interesante «la posibilidad de que se mantenga la relación jurídica con quien venía siendo considerado padre, con posterioridad a que se haya determinado la filiación respecto a quien resultó ser el verdadero progenitor biológico».

artículos 138 y 141 CC para el acto de reconocimiento, siempre que se acredite que se ha padecido vicio de la voluntad. No podrán invocarse como vicios invalidantes del consentimiento el error sobre el carácter biológico de la filiación, o el padecido en las cualidades esenciales de la persona por la conducta afectiva que ésta demuestra posteriormente. La impugnación del título por vicio del consentimiento tendrá como consecuencia la pérdida de eficacia de la filiación socioafectiva.

## Bibliografía

ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil*, t. IV, *Derecho de Familia*, 11ª ed., Edisofer, Madrid, 2007.

BARBA, V., «Familias recompuestas y Derecho de Sucesiones: una posible propuesta de regulación», *Revista de Derecho Civil*, 2022, pp. 157-206.

BARBER CÁRCAMO, R./QUICIOS MOLINA, S./VERDERA SERVER, R. (coord.), «Presentación», *Retos actuales de la filiación*. Asociación de Profesores de Derecho Civil, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 13-14.

BERROCAL LANZAROT, A.I., “Reconocimiento de la filiación por complacencia. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de noviembre de 2010”, *RCDI*, 2011, pp. 3415-3451.

BLANDINO Garrido, M.ª.A., «La impugnación de los reconocimientos de complacencia», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, pp. 578-617.

CARRILLO LERMA, C., *Familias reconstituidas: la relación jurídica entre el cónyuge y los hijos no comunes menores de edad*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021.

CORONA QUESADA, M.C., *Problemas jurídicos actuales de la paternidad. Conflictos de paternidades y multiparentalidad*, Atelier, Barcelona, 2022.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2006.

FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. y VERDERA SERVER, R., «Retos actuales de la determinación extrajudicial de la filiación», en *Retos actuales de la filiación*. Asociación de Profesores de Derecho Civil, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 15-68.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., «Comentario al Artículo segundo. Seis», en AA.VV.: *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 478-487.

GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup>P., «Las repercusiones de las propuestas normativas sobre el género preferido en el ámbito de las relaciones familiares (1)», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2021 (Ejemplar dedicado a: Derecho Privado y Autodeterminación de Género), pp. 82-114 (La Ley Digital).

GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup>P., «Un niño o una niña pueden tener más de dos madres o de dos padres. Hacia el reconocimiento jurídico de la multiparentalidad», en Solé Resina, J. (coord.), *Persona, familia y género. Liber Amicorum a M<sup>a</sup> del Carmen Gete-Alonso y Calera*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 209-220.

GARCÍA VICENTE, J.R., «Sentencia de 12 de julio de 2004. Impugnación de la paternidad matrimonial determinada en virtud de reconocimiento de complacencia», *CCJC*, 2005, pp. 433-448.

LACRUZ BERDEJO, J.L. (dir.), *Elementos de Derecho Civil*, t. IV, *Familia*, 4<sup>a</sup> ed., Dykinson, Madrid, 2010.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 julio de 2016 (496/2016). Reconocimiento de complacencia», en YZQUIERDO TOLSADA, M. (coord.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 347-362.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., «Prólogo», en GALLO VÉLEZ, A. S., *Los reconocimientos de complacencia en el Derecho Común español*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 13-16.

PÉREZ GALLARDO, L. B., «El nuevo desafío de la filiación para el derecho de sucesiones: la multiparentalidad», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2019 (Ejemplar dedicado a: Monográfico: Cuestiones actuales del Derecho Sucesorio), pp. 159-185 (La Ley Digital).

PÉREZ GALLARDO, L. B., «La multiparentalidad en el Derecho familiar cubano: una opción posible», en PÉREZ GALLARDO, L. B. y HERAS HERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup>M. (dirs.), *Propuesta para un nuevo Derecho de Filiación: la multiparentalidad*, ediciones Olejnik, Santiago (Chile), 2022, pp. 197-222.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Los reconocimientos de complacencia (Con ocasión de unas sentencias recientes)», *ADC*, 2005, pp. 1049-1114.



RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Una revolución jurídica silenciosa: ¿filiación? ¿Qué es eso?», en MARÍN VELARDE, A./CABEZUELO ARENAS, A.L./Moreno Mozo, F. (dirs.), *Familia y Derecho en la España del siglo XXI: libro homenaje al profesor Luis Humberto Clavería Gosálbez*, Reus, Madrid, 2021, pp. 781-802.

WELTER, B. P., «Igualdade entre a filiação biológica e sociafetiva», *Revista Brasileira de Direito de Família*, 2002.



# Le genitorialità sospese o incerte. La Kafala e la responsabilità dell'art. 279 c.c.

Giovanna Chiappetta

**ABSTRACT:** Il saggio esamina l'applicabilità dell'art. 279 c.c. alla «nuova categoria di figli non riconoscibili». In questa ultima vi possono rientrare oltre i nati da tecniche di procreazione medicalmente assistita vietate dalla l. 40 del 2004 i minorenni affidati in Kafala. Siffatta soluzione interpretativa dell'art. 279 c.c., riletto alla luce degli artt. 24 e 30 cost., può costituire un rimedio congruo al riconoscimento dei diritti del minore, in linea con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e del Lussemburgo. Queste ultime lasciano al diritto nazionale la scelta del rimedio per il riconoscimento del rapporto di responsabilità genitoriale, purché esso garantisca l'effettività di tutela e la celerità della loro messa in opera. La filiazione *bancales* richiede tutele flessibili e revisionabili in relazione alle esigenze concrete del minorenne «vulnerabile».

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. Profilo diacronico della funzione e dell'ambito di applicazione della disciplina dei figli privi di *status* (artt. 279, 580 e 594 c.c.). – 3. Stato familiare quale diritto inviolabile dell'uomo, ove non ricorrano ragioni contrarie. Genitorialità e responsabilità genitoriale. – 4. Rilettura della responsabilità dell'art. 279 c.c. – 5. Corti europee e la nozione di vita familiare *de facto*. – 6. Strumenti per far valere i diritti del minore alla continuazione dell'esercizio delle funzioni genitoriali. – 7. Eliminazione delle situazioni sospese e necessità di un rimedio celere ed effettivo. – 8. Applicabilità della responsabilità genitoriale *ex art.* 279 c.c. – 9. Il riconoscimento internazionale della Kafala quale strumento di protezione del minore. – 10. Gli effetti discendenti dai diversi atti di Kafala: la pluralità dei regimi giuridici

dell'istituto. – 11. Casistica: la Corte di giustizia in tema di ricongiungimento familiare. – 12. La giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo sul rifiuto di concedere l'adozione del minore sottoposto a kafala. – 13. Evoluzione della giurisprudenza nazionale. Dal rifiuto del visto d'ingresso alle relazioni *limping*. – 14. Riconoscimento della Kafala. – 15. Art. 279 c.c. e la vita familiare non fondata sulla discendenza e senza la costituzione di rapporti di parentela. – 16. Nuovi casi di filiazione incerta o sospesa e la disciplina "flessibile e modificabile" per la tutela del concreto interesse del minore.

## 1. Premessa

La disciplina del figlio non riconoscibile e non dichiarabile (artt. 279, 580 e 594 c.c.) fu introdotta nel codice civile del 1942. Nel corso del tempo la funzione e l'ambito applicativo della medesima è mutato. L'art. 279 c.c., in raccordo interpretativo con gli artt. 584 e 590 c.c., si applica ai figli nati fuori dal matrimonio ed in ogni caso di irriconoscibilità o di improponibilità dell'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità.

La disposizione riconosce al figlio l'azione per ottenere dal responsabile il mantenimento, l'educazione e l'istruzione. Se il figlio è maggiorenni ed in stato di bisogno può ottenere gli alimenti a condizione che il diritto al mantenimento sia venuto meno. L'azione richiede l'autorizzazione giudiziale avuto riguardo all'interesse del figlio. La disciplina per gli aspetti successori è completata dagli artt. 580 e 594 c.c. che, riconoscono un assegno vitalizio (o la sua capitalizzazione) pari all'ammontare della rendita della quota di eredità alla quale il figlio avrebbe avuto diritto, se la filiazione fosse stata dichiarata o riconosciuta. L'obbligo di corresponsione dell'assegno grava sull'eredità e /o su tutti i soggetti chiamati alla successione (eredi, legatari o donatari).

Il dibattito intorno alla disciplina, che sembrava aver perduto vivacità, ha trovato nuova linfa con gli interventi della Corte costituzionale e con la riforma del diritto della filiazione del 2012-2013.

## 2. Profilo diacronico della funzione e dell'ambito di applicazione della disciplina dei figli privi di *status* (artt. 279, 580 e 594 c.c.)

Nella formulazione originaria del 1942, la normativa rispecchiava il sistema fortemente discriminatorio per i figli nati fuori dal matrimonio. L'azione *ex art. 279 c.c.* aveva natura puramente alimentare e si applicava ai figli "illegittimi" non riconoscibili e non dichiarabili. La disciplina era contemplata dagli artt. 278 e 279 c.c. Il primo sanciva il divieto di indagini della paternità per i figli adulterini e per i nati da relazione incestuosa anche il divieto di quelle della maternità. L'art. 279 c.c. prevedeva la responsabilità del genitore ridotta agli alimenti senza l'attribuzione formale dello *status parentale*. L'erogazione degli alimenti era subordinata al verificarsi di tre ipotesi tassativamente determinate: 1) se la paternità o maternità risultasse indirettamente da sentenza civile o penale; 2) se la paternità o la maternità dipendesse da un matrimonio dichiarato nullo; 3) se la paternità o la maternità risultasse da una non equivoca dichiarazione scritta dei genitori. Come nel diritto francese, tedesco e svizzero la responsabilità, puramente alimentare, non era costitutiva dello *status filiationis*. L'accertamento della genitorialità biologica era *incidenter tantum*, senza efficacia di giudicato.

Nel 1974 l'art. 279 c.c. fu dichiarato illegittimo per contrasto con l'art. 30 cost. non prevedendo "in aggiunta al diritto agli alimenti, quello al mantenimento, alla educazione e all'istruzione" (Corte cost. 2 maggio 1974, n. 121). Il precetto costituzionale indicato, non operando distinzioni tra i figli, garantisce il "dovere di mantenere, educare ed istruire". La questione era stata sollevata nel corso di un procedimento di volontaria giurisdizione per la nomina di tutore per il minore, dichiarato figlio di ignoti "a seguito... della sentenza di disconoscimento di paternità ottenuta dal presunto padre e della cancellazione del nome della madre naturale, per la natura adulterina del rapporto di filiazione".

L'art. 279 c.c. fu reintrodotta nel 1975 con la Riforma del diritto di famiglia (l. n. 151) che aveva eliminato, per i figli nati da relazione adulterina, i limiti al riconoscimento ed alla dichiarazione di paternità e maternità. L'azione così novellata, si riteneva trovasse applicazione unicamente riguardo ai figli nati da relazione incestuosa, per i quali

residuava, in gran parte, l'irriconeoscibilità e l'improponibilità della dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità. In linea con l'art. 30 cost., essa sanciva la responsabilità per il mantenimento, educazione ed istruzione.

Dopo la pronuncia di incostituzionalità dell'art. 278 c.c. avvenuta nel 2002<sup>1</sup>, anche i figli nati da relazione incestuosa possono ottenere la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità. Proseguendo su tale scia, la riforma del diritto della filiazione del 2012-2013 ha reso possibile il riconoscimento del figlio nato da relazione incestuosa, previa autorizzazione giudiziale (art. 251 c.c.).

La disciplina in esame è sopravvissuta anche a questa ultima Riforma con dei correttivi. L'art. 279 c.c. indica quali beneficiari i figli nati "fuori del matrimonio" (al posto dell'espressione figli naturali), il termine potestà è stato sostituito con quello di responsabilità. Gli artt. 580 e 594 c.c. richiedono le condizioni dell'art. 279 c.c. con l'aggiunta della irriconeoscibilità del rapporto di filiazione. L'azione di responsabilità in esame può trovare applicazione nei casi nei quali, pur essendo in astratto esperibile l'azione per la dichiarazione giudiziale, essa in concreto non è proponibile o perseguibile<sup>2</sup>. Il suo ambito di applicazione si è ampliato.

Caduti i limiti all'accertamento della genitorialità biologica e l'imprescrittibilità delle azioni di stato per il figlio, l'attenzione è rivolta alla locuzione con la quale si apre l'art. 279 c.c. ("In ogni caso in cui non proporsi l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità") ed all'individuazione delle ipotesi di non riconeoscibilità

---

<sup>1</sup> Corte cost., 28 novembre 2002 n. 494, tutte le sentenze della Consulta sono reperibili sul sito *Consulta online*.

<sup>2</sup> A titolo esemplificativo, l'azione di responsabilità in esame può trovare applicazione nei casi nei quali, pur essendo in astratto esperibile l'azione per la dichiarazione giudiziale, essa in concreto non è proponibile o perseguibile perché: non è autorizzata dal giudice a tutela dell'interesse del figlio (artt. 251 e 278); il figlio di quattordici anni, capace di discernimento non ha concesso il consenso per la promozione o continuazione dell'azione (art. 273, co. 2, c.c.); il figlio ultra quattordicenne capace di discernimento non ha consentito il riconoscimento (art. 250, c. 2); manchi il consenso del genitore che ha riconosciuto per primo il figlio infra quattordicenne e sia stata negata l'autorizzazione giudiziale sostitutiva del consenso mancante negato dal genitore (art. 250, c.c.; il genitore infrasedicenne non autorizzato dal giudice al riconoscimento del figlio (art. 250, u.c.); il minore neghi il consenso all'adozione alle procedure di adozione ai sensi della l. 4 maggio 1983, n. 184; casi nei quali il riconoscimento è negato (253 c.c.) o è impugnato per effetto di interdizione giudiziale o per violenza (265 e 266 c.c.).

(ex artt. 580 e 594 c.c.). Condizioni dotate di un peculiare coefficiente di vaghezza o indeterminatezza per adattarsi all'evoluzione del sistema. Nonostante la possibile estensione della portata applicativa, gli orientamenti continuano ad offrirne una lettura legata al fatto materiale della procreazione. Il figlio biologico ha l'interesse meritevole di tutela "a far valere i diritti che gli derivano nei confronti del genitore dal fatto stesso della procreazione, sul mero presupposto dell'accertamento incidentale del rapporto di generazione"<sup>3</sup>. L'azione si ritiene esperibile in casi nei quali, pur se in astratto è possibile l'attribuzione formale dello *status filiationis*, il figlio non è stato riconosciuto o dichiarato giudizialmente<sup>4</sup>. Individuando nel fatto biologico della procreazione la *ratio* della disciplina, essa è applicata anche ai figli che hanno uno *status* formalmente accertato<sup>5</sup>. L'art. 279 c.c. si apre con un "in ogni caso" e prosegue ponendo l'accento su un dato costituito dall'impossibilità di proporre l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità, senza distinguere in alcun modo tra impossibilità assoluta o relativa, originaria o sopravvenuta. L'ampiezza della formulazione include "ogni caso" in cui l'azione per la dichiarazione giudiziale non possa essere proposta, e, quindi, comprende anche l'ipotesi nella quale l'impossibilità dipende dalla scelta del figlio di non voler rimuovere lo *status* precedentemente accertato. Il figlio può scegliere la *tutela ex lege* dell'art. 279 c.c., conservando la stabilità della sua identità familiare precedentemente acquisita. La tesi incide sull'indisponibilità degli *status* e supera il rilievo che tali pretese presuppongono l'accertamento del rapporto di filiazione incompatibile con lo *status* di figlio nato nel matrimonio.

La condizione di improponibilità dell'accertamento giudiziale della filiazione ritenuta assoluta, dovuta a causa di forza maggiore<sup>6</sup> si relativizza potendo dipendere anche da una scelta volontaria e consapevole del figlio di mantenere lo *status* formalmente posseduto<sup>7</sup>. L'azione di responsabilità non è più un rimedio sostitutivo dell'attribuzione formale della genitorialità ma alternativo o ad applicazione

---

<sup>3</sup> TROIANO, S., «Diritto allo stato e figli "senza stato", ovvero i figli non riconoscibili dopo la riforma della filiazione», *iuscivile.it*, 2015, p. 229.

<sup>4</sup> Cass., 1 aprile 2004, n. 6365, in *DeJure*.

<sup>5</sup> Cass., 26 ottobre 2022 n. 31672, in *DeJure*.

<sup>6</sup> Cass., 28 agosto 1988 n. 9065, richiamata Trib. Brindisi 22 febbraio 2007, in *DeJure*.

<sup>7</sup> Di recente, Cass. 26 ottobre 2022 n. 31672, in *DeJure*.

congiunta, strumento flessibile di protezione del concreto interesse del figlio.

### 3. Stato familiare quale diritto inviolabile dell'uomo, ove non ricorrano ragioni contrarie. Genitorialità e responsabilità genitoriale

In linea con i principi costituzionali e convenzionali, il codice civile dichiara l'unicità dello stato per tutti i figli (art. 315 c.c.). Lo *status* è un diritto inviolabile del figlio, "ove non ricorrano costringenti ragioni contrarie nel suo stesso interesse", (Corte cost. 20-28 novembre 2002, n. 494)<sup>8</sup>. La Consulta fa salve le fattispecie di protezione sostitutive della genitorialità, espressive di esigenze preminenti del figlio.

Eliminati i divieti all'accertamento del rapporto genitoriale, anche il nato da relazioni incestuose può acquisire lo *status* previa autorizzazione giudiziale (artt. 251 e 278 c.c.)<sup>9</sup>. In astratto la disciplina codicistica

---

<sup>8</sup> Tale riconoscimento è frutto di una pronuncia della Corte Costituzionale 28 novembre 2002, n. 494, cit., nella quale si è affermato: «La Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica dei diritti: nella specie, il diritto del figlio, ove non ricorrano costringenti ragioni contrarie nel suo stesso interesse, al riconoscimento formale di un proprio *status filiationis*, un diritto che, come affermato da questa Corte (sentenza n. 120 del 2001), è elemento costitutivo dell'identità personale, protetta, oltre che dagli artt. 7 e 8 della Convenzione sui diritti del fanciullo, dall'art. 2 della Costituzione. E proprio da tale ultima disposizione, conformemente a quello che è stato definito il principio personalistico che essa proclama, risulta che il valore delle "formazioni sociali", tra le quali eminentemente la famiglia, è nel fine a esse assegnato, di permettere e anzi promuovere lo svolgimento della personalità degli esseri umani».

<sup>9</sup> Per i figli nati da relazione incestuosa, è stata introdotta l'autorizzazione giudiziale per il riconoscimento e per la promozione dell'azione giudiziale di maternità e paternità a tutela del concreto interesse del bambino (artt. 251 e 278 c.c.) e l'art. 273, comma 2, c.c. richiede, altresì, il consenso del figlio di 14 anni per la proposizione o la prosecuzione dell'azione per la dichiarazione giudiziale. Nell'ipotesi di negato consenso o di mancata autorizzazione giudiziale si può applicare la responsabilità per il mantenimento e l'educazione ex art. 279 c.c., sempre previa autorizzazione giudiziale nell'interesse del minore e del suo consenso se quattordicenne e capace di discernimento. Vi è chi reputi che la previa autorizzazione giudiziale limiti e renda incerta, pur nella certezza del dato biologico, per il figlio la possibilità di vedere riconosciuti i diritti a lui attribuiti dall'art. 30 Cost., cfr. BARDARO, L., *La filiazione non riconoscibile tra istanze di tutela e valori giuridici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli,



rende sempre possibile l'acquisizione dello *status filiationis formale*. È il migliore interesse concreto del figlio che può giustificare la privazione. Per questi casi<sup>10</sup>, il legislatore ha posto rimedio, tra gli altri, con l'attribuzione della responsabilità genitoriale per il mantenimento e l'educazione ex art. 279 e dei diritti successori ex artt. 580 e 594 c.c. Responsabilità questa ultima che può essere esercitata, oltre che dai genitori anche adottivi, da soggetti qualificati<sup>11</sup>.

Nonostante le novità anzidette, riemergono situazioni di bambini privati della continuazione della responsabilità genitoriale di fatto.

Si tratta dei nati mediante le tecniche di procreazione medicalmente assistita eterologa (d'ora in avanti PMA) o da surrogazione di maternità nelle ipotesi vietate in Italia dalla l. 19 febbraio 2004, n. 40. In siffatto scenario si sono collocate le sentenze nn. 32 e 33 del 2021 nelle quali la Consulta ha esaminato questioni che riguardano il diritto alla continuazione della relazione genitoriale di fatto dei figli "irricognoscibili" nati mediante il ricorso alle procedure di PMA vietate<sup>12</sup>. In particolare, la Consulta si è occupata dei nati in Italia mediante il ricorso alle tecniche di PMA da parte di coppie di donne, o a seguito della

---

2015, pp. 158 ss. In precedenza, l'azione per la dichiarazione giudiziale di maternità o di paternità naturale era ammessa previa autorizzazione giudiziale ex art. 274 c.c. infine dichiarato totalmente incostituzionale dalla Consulta con la sentenza del 10 febbraio 2006, n. 50. In ragione dell'abrogazione di tale disposizione, il vigente art. 279 c.c., al secondo comma, richiede l'autorizzazione giudiziale prevista dall'art. 251 c.c. per l'ammissione dell'azione.

<sup>10</sup> V. nota n. 8.

<sup>11</sup> La definizione è data dal reg. UE n. 2019/1111 del Consiglio del 25 giugno 2019 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori. Il reg. n. UE 2019/1111, entrato in vigore nell'agosto 2022, definisce la responsabilità quale fonte di diritti e di doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione, della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di un minore, compresi il diritto di affidamento e il diritto di visita. Titolare di tale responsabilità genitoriale può essere la persona, istituzione o altro ente che eserciti la responsabilità di genitore su un minore. La responsabilità non è generata esclusivamente dal rapporto biologico della procreazione ma può trovare in altri istituti di protezione dei minori la sua fonte, sempre nell'interesse del minore.

<sup>12</sup> Sulla ricostruzione dei casi e dei problemi sollevati si rinvia a FERRANDO, G., «Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Corte Costituzionale n. 32 e 33 del 2021», *Giustizia Insieme*, 2021; PINELLI, A. M., «La Corte costituzionale interviene sui diritti del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. Brevi note a Corte cost. 9 marzo 2021 n. 33», *Giustizia Insieme*, 2021.

surrogazione di maternità, per i quali non si è ritenuto possibile il ricorso all'adozione in casi particolari del genitore d'intenzione *ex art. 44 lett. d) l. 4 maggio 1983, n. 184*. Essi costituiscono per la Consulta la "nuova categoria"<sup>13</sup> di bambini non riconoscibili<sup>14</sup>. Pur se sia accertato giudizialmente il loro interesse alla continuità affettiva con il genitore di intenzione (non anche biologico) che abbia in concreto svolto la funzione genitoriale<sup>15</sup>, non possono far valere la relativa responsabilità (*ex art. 30, comma 1 Cost.*).

La Consulta ed i giudici di legittimità<sup>16</sup> hanno ritenuto non potersi applicare gli artt. 8 e 9 l. n. 40 del 2004 sullo *status filiationis* dei nati da PMA, trattandosi di pratiche vietate (*ex art. 5 e/o 12, comma 6, l. n. 40 del 2004, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*). Pertanto, i diritti al mantenimento, all'educazione, all'istruzione e i diritti successori spettano ai nati nei confronti del genitore d'intenzione/biologico e non anche nei confronti del genitore intenzionale e di cura. I figli nati da tali pratiche sono privati dello *status* nei confronti del genitore d'intenzione e di cura (non applicandosi gli artt. 8 e 9, l. n. 40 del 2004) e non godrebbero di altra tutela congrua. Tali relazioni di genitorialità di fatto svincolate dal rapporto biologico sarebbero prive di riconoscimento giuridico con lesione dei diritti fondamentali alla vita privata e familiare dei nati.

<sup>13</sup> Definizione della Corte cost. nella più volte citata sentenza n. 32 del 2021.

<sup>14</sup> La "nuova categoria di nati non riconoscibili" così definita dalla sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 9 marzo 2021 ed oggetto di esame anche nella pronuncia della Corte cost., 10 marzo 2021, n. 33.

<sup>15</sup> Definita "vita familiare di fatto" dalla Corte di Strasburgo a far data dalla sentenza del 27 aprile 2010, nel caso *Moretti e Benedetti c. Italia*, Ricorso n. 16318/07. La Corte accoglie il ricorso presentato da due cittadini italiani per la tutela del legame instaurato con una bambina a seguito di un affidamento temporaneo. La Corte, considerando il forte legame stabilitosi tra i ricorrenti e la bambina, ha statuito, nonostante l'assenza di un rapporto giuridico di parentela, che esso potesse rientrare nella nozione di vita familiare ai sensi dell'articolo 8 CEDU. Nel caso di specie i giudici rilevano in concreto la stabilità dei legami, tenendo conto del tempo vissuto dai ricorrenti con il bambino, la qualità delle relazioni affettive instaurate ed il ruolo da loro assunto nei confronti del minore.

<sup>16</sup> Così, sull'inapplicabilità degli artt. 8 e 9 l. 40 del 2004 ai nati in Italia da PMA praticata da una coppia di donne: Corte cost., 2017 n. 272; 23 ottobre 2019 n. 221; 4 novembre 2020, n. 230; 9 marzo 2021, n. 32; e Cass. 3 aprile 2020, n. 7668, in *Dir. fam. pers.*, 2020, p. 885 ss.; 22 aprile 2020, n. 8029, in *Mass. Giust. civ.*, 2020. Sull'inapplicabilità degli artt. 8 e 9 l. 40 del 2004 ai nati da surrogazione di maternità, Corte cost. 10 marzo 2021 n. 33., cit.; Sez. un., 8 maggio 2019 n. 12193, in *Dir. fam. pers.*, 2019, p. 1062; Cass., 30 dicembre 2022 n. 38162, in *Foro it.*, 2023, 1, I, p. 83.

La “nuova categoria” di figli irricognoscibili si trova “in una condizione diversa e deteriore rispetto a quella di tutti gli altri nati da procreazione biologica (compresi i nati da rapporto incestuoso)”<sup>17</sup>.

#### 4. Rilettura della responsabilità dell’art. 279 c.c. – 5. Corti europee e la nozione di vita familiare *de facto*

Superando la visione tradizionale del doppio binario rappresentato, da un lato dalla disciplina del codice civile, ritenuta saldamente ancorata al rapporto biologico tra il nato ed i genitori, e dall’altro dal microsistema rinvenuto nella l. n. 40 del 2004 per i nati da PMA<sup>18</sup> si è suggerito di reimpostare il problema della portata applicativa delle disposizioni codicistiche in esame riconducendole alla dimensione costituzionalistica e, in particolare, ai parametri dettati dagli artt. 2, 3, 24,30, 31 e 117, comma 1, Cost<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Corte cost. n. 32 del 2021, cit.

<sup>18</sup> Sul mantenimento del microsistema della fecondazione eterologa dopo la riforma della filiazione del 2012/2013, BIANCA, M., «L’unicità dello stato di figlio», in BIANCA, C. M. (a cura di), *La riforma della filiazione*, Cedam, Padova, 2015, pp. 18 ss. Sul rapporto di specialità ed alternatività sull’attribuzione dello *status filiationis* tra disciplina codicistica e l. 40 del 2004, Cass. 15 maggio 2019 n. 13000, in *Dir. fam. pers.*, 2019, p. 1117 nella sentenza avente ad oggetto la nascita in Italia di un bambino mediante inseminazione *post mortem* praticata in Spagna dalla madre con il seme del marito premorto. La Cass. ha affrontato il problema interpretativo dei rapporti tra la normativa del codice civile e quella contenuta nella l. 40 del 2004 sullo *status* di figlio. Il giudice di legittimità nell’ipotesi esaminata preferisce l’interpretazione “secondo la quale la disciplina di attribuzione dello *status* nella procreazione medicalmente assistita configura un sistema alternativo, speciale, e non possono applicarsi i meccanismi di prova presuntiva del codice civile riferibili alla generazione biologica naturale” (punto 7.8.7 delle ragioni della decisione).

<sup>19</sup> La Corte costituzionale a far data dalle sentenze nn. 118 e 121 ed in modo conforme la S.C. affermano che l’art. 279 c.c. (e quindi le disposizioni che lo richiamano) va interpretato in base all’art. 30 Cost. Così anche la S.C. ha affermato che l’art. 279 c.c. va interpretato in base all’art. 30 Cost.: “Considerata ammissibile l’azione ex art. 279 c.c. anche nei casi in cui la paternità o la maternità del figlio fossero giudizialmente dichiarabili ma, in concreto, non dichiarate... in coerenza con la c.d. responsabilità da procreazione, sussistente verso ogni figlio in base all’art. 30 Cost., alla stregua del quale lo stesso art. 279 c.c. andrebbe interpretato”. Così, Cass., 1 aprile 2004, n. 6365, in *DeJure*.

Nel sistema integrato dalle fonti e dalle giurisdizioni europee l'interpretazione dell'art. 30, co. 1, cost. è mutata. La Consulta ha messo in luce che i diritti del figlio possono fondarsi anche sulla solidarietà e sull'affetto consolidato con il genitore di fatto<sup>20</sup>. Già in epoca antecedente alla introduzione della l. n. 40 del 2004 in relazione alla tutela dello *status filiationis* del concepito mediante PMA eterologa ancora non disciplinata, la Consulta<sup>21</sup> ha riconosciuto al nato nei confronti "di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità" "non solo i diritti e doveri previsti per la sua formazione, in particolare dagli artt. 30 e 31 della Costituzione, ma ancor prima - in base all'art. 2 della Costituzione".

Nelle sentenze successive, la Consulta segna l'evoluzione dell'ordinamento dando rilevanza giuridica alla genitorialità d'intenzione anche ove non coincidente con quella biologica poiché "il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa" (così sentenza 10 giugno 2014, n. 162<sup>22</sup> che ha dichiarato l'illegittimità delle disposizioni sul divieto di PMA eterologa).

I giudici delle leggi affermano ancora la tutela "in capo al figlio di una propria identità affettiva, relazionale, sociale, da cui deriva l'interesse a mantenere il legame genitoriale acquisito"<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Sull'evoluzione che muove dalla famiglia-istituzione (atto-status-effetti) alle famiglie funzionali (affetto-rapporti-effetti), v. CHIAPPETTA, G., «La "semplificazione" della crisi familiare: dall'autorità all'autonomia», in PERLINGIERI, P., GIOVA, S. (a cura di), *Comunioni di vita e familiari tra libertà sussidiarietà e inderogabilità. Atti del 13° Convegno nazionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, pp. 435 ss.

<sup>21</sup> Corte cost. 26 settembre 1998, n. 347. Si tratta di tutelare anche la persona nata a seguito di fecondazione assistita eterologa, venendo inevitabilmente in gioco plurime esigenze costituzionali: "è interesse del minore non vedersi privato del nome, dell'identità personale e della stessa possibilità di avere un padre; risponde a fondamentali principi costituzionali che ogni figlio abbia diritto ad essere mantenuto, istruito ed educato dai propri genitori, tali dovendosi considerare quelli che hanno preso la decisione della sua procreazione (di intenzione); mentre nessun rapporto di paternità potrebbe essere instaurato col padre biologico".

<sup>22</sup> Corte cost. 10 giugno 2014, n. 162.

<sup>23</sup> Corte cost. 25 giugno 2020, n. 127. La corrispondenza tra lo stato di figlio e la verità biologica, pur auspicabile, non è elemento indispensabile dello *status filiationis*: "Sul rilievo che l'art. 30 Cost. non ha attribuito un valore indefettibilmente preminente alla verità biologica rispetto a quella legale, siffatta evoluzione ha portato a negare l'assoluta preminenza del *favor veritatis* e ad affermare la necessità della sua ragionevole comparazione con altri valori costituzionali. In più occasioni, infatti, il legislatore, cui l'art. 30, quarto comma, Cost. demanda il potere di fissare limiti e condizioni per far valere la genitorialità biologica nei

Andando oltre, nella sentenza 28 marzo 2022, n. 79 la Consulta, in un caso di procedura di adozione in casi particolari *ex art. 44 lett. d) l. n. 184 del 1983* intentata dal genitore *de facto* (consentita da quello giuridico) nei confronti del nato mediante un percorso di fecondazione assistita eterologa, effettuato all'estero dalla coppia unita civilmente, si esprime sull'estensione dei legami di parentela tra adottato in casi particolari e parenti dell'adottante. La Corte afferma la possibilità di avere la doppia appartenenza alla famiglia di origine e a quella *de facto* poi tramutata in adottiva: «l'idea per cui si possa avere una sola famiglia appare smentita proprio dalla riforma della filiazione e da come il principio di eguaglianza si è riverberato sullo *status filiationis*. Il figlio nato fuori dal matrimonio ha, infatti, a ben vedere, due distinte famiglie giuridicamente tra di loro non comunicanti. Occorre, poi, ulteriormente precisare che la disciplina censurata non trova alcuna giustificazione nell'assunto di evitare una distonia nell'aver una famiglia adottiva, oltre a quella d'origine. Tale motivazione è, invero, contraddetta dall'esigenza di proteggere l'identità del minore, che è quella di un bambino che vive in un nuovo nucleo familiare, anche se talora continua ad avere dei rapporti con i parenti d'origine o con lo stesso genitore biologico. L'identità stessa del bambino è connotata da questa doppia appartenenza, e disconoscere i legami che scaturiscono dal vincolo adottivo, quasi fossero compensati dai rapporti familiari di sangue, equivale a disconoscere tale identità e, dunque, non è conforme ai principi costituzionali».

---

*confronti di quella legale, ha attribuito prevalenza al consenso alla genitorialità e all'assunzione della conseguente responsabilità rispetto al favor veritatis". Nell'apprezzamento giudiziale rientra il diritto all'identità personale, correlato non soltanto alla verità biologica, ma anche ai legami affettivi e personali sviluppatisi all'interno della famiglia.*

## 5. Corti europee e la nozione di vita familiare *de facto*

In modo conforme le giurisdizioni europee configurano la responsabilità genitoriale anche sulla base di un rapporto familiare *de facto* (Corte di Strasburgo<sup>24</sup> e Corte del Lussemburgo<sup>25</sup>).

La giurisprudenza delle Corti europee, invocando ragioni differenti, ha precisato i contorni del diritto alla continuità transfrontaliera delle situazioni familiari costituite all'estero<sup>26</sup>. L'interpretazione convenzionale indica quale momento imprescindibile del riconoscimento

---

<sup>24</sup> Definita "vita familiare di fatto" dalla Corte di Strasburgo a far data dalla sentenza del 27 aprile 2010, nel caso *Moretti e Benedetti c. Italia*, Ricorso n. 16318/07. La Corte accoglie il ricorso presentato da due cittadini italiani per la tutela del legame instaurato con una bambina a seguito di un affidamento temporaneo. La Corte, considerando il forte legame stabilitosi tra i ricorrenti e la bambina, ha statuito, nonostante l'assenza di un rapporto giuridico di parentela, che esso potesse rientrare nella nozione di vita familiare ai sensi dell'articolo 8 CEDU. Nel caso di specie i giudici rilevano in concreto la stabilità dei legami, tenendo conto del tempo vissuto dai ricorrenti con il bambino, la qualità delle relazioni affettive instaurate ed il ruolo da loro assunto nei confronti del minore. La Corte di Strasburgo ha riconosciuto le relazioni «familiari» *de facto* tra uno o più adulti ed un minore in assenza di legami biologici. La Corte E.D.U. (Grande Camera) nella sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* del 24 gennaio 2017 ha, difatti, affermato che: «140. [...] Il concetto di "famiglia" di cui all'articolo 8 riguarda le relazioni basate sul matrimonio ed anche altri legami "familiari" *de facto*». 148. La Corte deve accertare se, nelle circostanze di causa, la relazione tra i ricorrenti ed il minore rientri nella sfera della vita familiare ai sensi dell'articolo 8. La Corte accetta, in determinate situazioni, l'esistenza di una vita familiare *de facto* tra un adulto o degli adulti ed un minore in assenza di legami biologici o di un legame riconosciuto giuridicamente, a condizione che vi siano legami personali effettivi. 151. È pertanto necessario, nel caso di specie, esaminare la qualità dei legami, il ruolo rivestito dai ricorrenti nei confronti del minore e la durata della convivenza tra loro ed il minore. 153. Sarebbe certamente poco opportuno definire una durata minima della convivenza necessaria per costituire una vita familiare *de facto*, visto che la valutazione di ogni situazione deve tenere conto della "qualità" del legame e delle circostanze di ciascun caso».

<sup>25</sup> La Corte di Giustizia, nel caso *O. e S.* del 6 dicembre 2012 C 357/11, ha riconosciuto il diritto al permesso di soggiorno al genitore sociale (extracomunitario) di un minore, cittadino europeo, al fine di salvaguardare l'unità familiare e di garantire al minore i diritti rilevanti dalla cittadinanza europea.

<sup>26</sup> Per una sintesi delle decisioni si rinvia a, BIDAUD-GARON, C., PANET, A., «Les domaines orphelins de l'autonomie de la volonté: quels ersatz», in FULCHIRON, H., PANET, A., WAUTELET, P., *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruylant, Bruxelles, p. 100. Il riconoscimento dello statuto giuridico ottenuto all'estero si fonda per la Corte di Strasburgo sulla necessità di tutelare i diritti garantiti dalla Convenzione. Diversamente, centrale nel diritto UE e nella giurisprudenza della Corte di giustizia è l'eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione.

di una relazione a tutela dei bambini, l'instaurazione della vita familiare effettiva.

Per tutelare l'interesse dei bambini alla continuazione della responsabilità genitoriale *de facto* la Corte di Strasburgo ha messo in luce che lo strumento nazionale dovrà garantire al bambino il diritto alla continuazione della responsabilità genitoriale «*contre un refus ou une renonciation de la mère d'intention de le prendre en charge*»<sup>27</sup>. Il ricorso all'adozione in casi particolari *ex art. 44, co. 1, lett. d)*, l. n. 184 del 1983, pur non potendo essere impedito dalla contraria volontà del genitore biologico/legale (art. 46, l. n. 184 del 1983)<sup>28</sup> non garantisce i diritti del figlio nel caso di decesso o di non volontà a procedere all'adozione da parte di chi ha esercitato di fatto la responsabilità genitoriale). In sintesi, è necessario garantire, se nell'interesse del figlio, la continuazione dell'esercizio dei doveri di cura da parte di chi se ne assume volontariamente la responsabilità.

---

Il fondamento ultimo della giurisprudenza della Corte del Lussemburgo è la libertà degli individui di scegliere, tra leggi di differenti Stati, il loro statuto giuridico. Parla di «*emancipation's last stage would bring about the personne sans loi*», MARZAL YETANO, T., *The constitutionalisation of party in European private international law*, in *Journal of Private International Law*, 2010, p. 191, citato da KINSCH, P., «Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit national et en droit européen», in FULCHIRON, H., PANET, A., WAUTELET, P., *op. cit.*, p. 28, nota 45. Spiega l'estraneità della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo nella discussione sull'autonomia negoziale in materia di diritto internazionale privato della famiglia, KINSCH, P., *op. cit.*, pp. 28 ss. L'a. esamina la giurisprudenza dei diritti dell'uomo mettendo in luce che il riconoscimento 'imposto' di situazioni non è animato dal ruolo attribuito all'autodeterminazione dell'individuo. Nella valutazione della Corte di Strasburgo vi è un elemento supplementare. Ad esempio, nei casi di maternità surrogata è il preminente interesse del bambino (sentenze *Mennesson e Labassée c. Francia* del 26 giugno 2014 n. 65192/11 e 65041/11).

<sup>27</sup> Corte di Strasburgo, *Grande Chambre*, 10 avril 2019, *Avis consultatif demandé par la Cour de cassation française (Demande n. P16-2018-001)* § 40. Il parere denominato *Avis consultatif* è reperibile in *chr.coe.int*.

<sup>28</sup> Le Sezioni Unite della Cassazione, nella sentenza 30 dicembre 2022, n. 38162, cit., hanno prospettato una diversa interpretazione degli artt. 46, comma 2, e 57 l. n. 184/1983, §11 ammettendo l'intervento sostitutivo del giudice qualora il genitore esercente la responsabilità neghi l'assenso all'adozione del genitore funzionale. Il diniego all'adozione potrebbe essere giustificato dall'assenza del rapporto affettivo *de facto* (ipotesi nelle quali l'adottante "non abbia intrattenuto alcun rapporto di affetto e di cura nei confronti del nato, oppure abbia partecipato solo al progetto di procreazione ma abbia poi abbandonato il partner e il minore").

## 6. Strumenti per far valere i diritti del minore alla continuazione dell'esercizio delle funzioni genitoriali

In modo conforme si esprime la Consulta nella sentenza 28 gennaio 2021, n. 33 nel caso di surrogazione di maternità, affermando che l'interesse del bambino "non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro contro interesse in gioco". Interesse che, in ogni caso, non può essere sacrificato per condannare il comportamento dei genitori. L'interesse del minore va valutato in concreto e può attuarsi in diversi modi: con la riconoscibilità del rapporto di filiazione d'intenzione, o, con l'irricognoscibilità di tale rapporto e la conseguente dichiarazione dello stato di abbandono e l'apertura della procedura di adozione. L'interesse del bambino potrà altresì essere tutelato con la responsabilità genitoriale *ex art. 279 c.c.* In ogni caso dovrà essere garantito al bambino il diritto a conoscere le proprie origini genetiche<sup>29</sup>.

La soluzione adeguata a ciascun caso concreto richiede la valutazione del rapporto genitoriale di fatto, la condizione di ciascun bambino e degli altri interessi contrapposti.

È quanto la Consulta ha accertato nella sentenza n. 32 del 2021: *"La condizione di nati a seguito di PMA eterologa praticata in un altro paese, in conformità alla legge dello stesso, da una donna, che aveva intenzionalmente condiviso il progetto genitoriale con un'altra donna e, per un lasso di tempo sufficientemente ampio, esercitato le funzioni genitoriali congiuntamente, dando vita con le figlie minori a una comunità di affetti e di cure. La circostanza che ha indotto la madre biologica a recidere un tale legame nei confronti della madre intenzionale, coincidente con il manifestarsi di situazioni conflittuali all'interno della coppia, ha reso affatto evidente un vuoto di tutela."* e ha rilevato che pur *"in presenza di un rapporto di filiazione effettivo, con-*

---

<sup>29</sup> Corte cost. del 22 novembre 2013 n. 278 e del 10 giugno 2014 n. 162. Sia consentito il rinvio a CHIAPPETTA, G., «I rapporti familiari nel dibattito costituzionale e nel pensiero di Fausto Gullo», in AMIRANTE, C., ATRIPALDI, V., *Fausto Gullo fra costituente e governo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997, pp. 47 e ss.; ID., «Anonimato e procreazione medicalmente assistita», in COMPORI, M., MONTICELLI, S. (a cura di), *Studi in onore di Ugo Majello*, I, 2005, pp. 383 ss.; ID., *Diritto a conoscere le origini*, in SGRECCIA, E., TARANTINO, A. (direzione di), *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, IX, 2015; ID., «Favor veritatis ed attribuzione dello status filiationis», *Actualidad Jurica Ibroamericana*, 2016.



*solidatosi nella pratica della vita quotidiana con la medesima madre intenzionale, nessuno strumento [di quelli indicati nell'ordinanza di remissione] può essere utilmente adoperato per far valere i diritti delle minori: il mantenimento, la cura, l'educazione, l'istruzione, la successione e, più semplicemente, la continuità e il conforto di abitudini condivise".*

Analogamente, nella sentenza n. 33 del 2021, la Consulta ha rilevato l'esistenza del rapporto affettivo consolidato del bambino con la persona del genitore d'intenzione: *"...che ha sin dall'inizio condiviso il progetto genitoriale, e si è di fatto presa cura di lui sin dal momento della nascita"*, e ha affermato che è necessario *"far valere i diritti delle minori: il mantenimento, la cura, l'educazione, l'istruzione, la successione e, più semplicemente, la continuità e il conforto di abitudini condivise"*.

Tuttavia, l'adozione in casi particolari suindicata non sempre è idonea a tutelare l'interesse del figlio poiché può essere intentata esclusivamente da chi ha esercitato in via di fatto la responsabilità genitoriale<sup>30</sup>. Tale inadeguatezza è stata ribadita dalle Sezioni Unite<sup>31</sup>. Il bambino, pur vantando il diritto a far valere tale responsabilità, sarebbe privato dell'azione per proteggere *"il diritto fondamentale... alla continuità del rapporto affettivo"*<sup>32</sup>. Ciò in palese violazione dell'art. 24 cost.

## **7. Eliminazione delle situazioni sospese e necessità di un rimedio celere ed effettivo**

Nell'attesa dell'intervento del legislatore auspicato dalla Consulta, non è possibile lasciare i diritti del bambino sospesi. Si deve cercare il rimedio adeguato nel sistema per ciascun caso ed assicurare in concreto i beni costituzionali coinvolti. Tra questi, seguendo le indicazioni della Consulta e delle giurisdizioni europee, si è offerta una rivisitazione del ruolo e della portata della disciplina dettata dagli artt. 279,

---

<sup>30</sup> CHIAPPETTA, G., «Tutela del minore e continuazione della responsabilità genitoriale de facto: una connessione da perfezionare», in ID, *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, pp. 83 ss. Si veda, inoltre, CHIAPPETTA, G., «Le sentenze della Corte costituzionale n. 32 e n. 33 del 2021 e l'applicabilità dell'art. 279 c.c.», *giustiziainsieme.it*, 2021.

<sup>31</sup> Cass., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit., punto 12 della sentenza.

<sup>32</sup> Così, Cass., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit.

580 e 594 c.c. applicabile, se nel concreto interesse dei figli, ai nati da PMA e surrogazione di maternità privati dello *status* formale nei confronti del c.d. genitore sociale. Giova ricordare che per giurisprudenza costante della Consulta, l'oggetto del giudizio di legittimità in via incidentale è circoscritto alle disposizioni e ai parametri indicati nelle ordinanze di rimessione<sup>33</sup>. Di conseguenza non essendo indicato l'art. 279 c.c. (e le altre che lo richiamano artt. 580 e 594 c.c.) non è stato preso in considerazione. La Consulta, quindi, non ha potuto esprimersi sull'utilizzabilità delle azioni *ex art. 279 c.c.* per tutelare l'interesse dei minori non riconoscibili.

I bambini privati dello *status filiationis* nei confronti del responsabile sociale-affettivo potrebbero trovare tutela nell'art. 279 c.c. (e negli artt. 580 e 594 c.c. che ne completano la disciplina con disposizioni successive) del quale si è proposta una lettura conforme alla Costituzione e alle Convenzioni internazionali<sup>34</sup>. La disposizione, superando la tradizionale impostazione restrittiva limitata alla filiazione biologica, potrebbe garantire anche alla nuova generazione di figli "irricognoscibili" e "non dichiarabili" il diritto alla vita familiare affettiva ed effettiva con il genitore di intenzione e di cura.

L'azione *ex art. 279 c.c.*, da monofunzionale (fondata esclusivamente sul fatto naturale della procreazione) diviene polifunzionale (anche nell'interesse del bambino apprezzato in concreto sulla base del legame effettivo instaurato con chi ha esercitato responsabilmente le funzioni genitoriali). Oltre al fondamento biologico della procreazione l'azione può trovare applicazione nei confronti di chi ha esercitato di fatto la responsabilità genitoriale. La protezione della disciplina in esame si aggiungerebbe agli altri rimedi da applicarsi sulla base degli interessi coinvolti, in particolare del minore, da valutarsi in concreto e modificabili nel tempo. Le questioni giuridiche sottese ai fatti esaminati dalla Consulta e dalle Corti europee sono ancora aperte.

---

<sup>33</sup> V. tra le tante, Corte cost. 23 ottobre 2019 n. 221 e le altre in essa richiamate e 9 aprile del 2014.

<sup>34</sup> Sulla necessità di un'interpretazione sistematica ed assiologica della disciplina della filiazione, alla luce della Costituzione e delle convenzioni internazionali, sia essa contemplata nel codice civile o nella legislazione speciale che ha condotto all'applicazione dell'art. 279 c.c. alla filiazione adottiva e da PMA, sia consentito il rinvio a CHIAPPETTA, G., «La filiazione del figlio nato nel matrimonio», in BIANCA, C. M. (a cura di), *La riforma*, cit. pp. 450 ss.

## 8. Applicabilità della responsabilità genitoriale ex art. 279 c.c.

L'azione in responsabilità ex art. 279 c.c. (e gli altri che lo richiamano) potrebbe garantire al figlio il diritto alla continuazione dell'esercizio della responsabilità genitoriale *de facto*, senza la costituzione formale dello *status*<sup>35</sup>. Nel caso di surrogazione di maternità la responsabilità in esame non violerebbe il limite dell'ordine pubblico. Consentirebbe la celere, flessibile ed effettiva tutela dei diritti del minore preservando l'attuale funzione deterrente del divieto a tutela degli altri interessi in gioco.

Non è richiesto il consenso del genitore giuridico per la promozione o la prosecuzione dell'azione nè l'autorizzazione giudiziale sostitutiva del mancato consenso. Pertanto, l'attribuzione della responsabilità genitoriale "sostanziale" ex art. 279 c.c. garantirebbe una tutela celere. Legittimato attivo è il figlio o, nel suo interesse se minore, il genitore che esercita la responsabilità genitoriale o un curatore speciale nominato dal giudice su richiesta del pubblico ministero. La disciplina si applica "[i]n ogni caso" di impossibilità di proporre l'azione per la dichiarazione di paternità o di maternità e richiede l'autorizzazione giudiziale al fine di verificare l'interesse del figlio<sup>36</sup>. La richiesta autorizzazione è collegata al sorgere in capo al responsabile di situazioni patrimoniali ma anche di natura esistenziale<sup>37</sup>. I diritti all'istruzione e all'educazione non sono necessariamente riducibili alla prestazione dei corrispondenti mezzi economici.

Il rimedio assicura una tutela flessibile. Il giudice, previa autorizzazione ed ascolto del minore (nei casi e con le modalità per esso richiesti), adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento al loro interesse che valuta caso per caso. Si applica la disciplina sancita

---

<sup>35</sup> Sulla qualificazione in termini di azioni di stato quelle contemplate negli artt. 279 e 580 c.c., PALAZZO, A., *La filiazione fuori del matrimonio*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 355; STEFANELLI, S., «Attribuzione di status e diritti del figlio non riconosciuto nell'ordinamento italiano», in *Diritto e giustizia* (Annuario giuridico dell'Università di Perugia), 2013, p. 375.

<sup>36</sup> Il secondo comma dell'art. 279 c.c. richiama l'autorizzazione prevista dall'art. 251 c.c. per il riconoscimento dei figli nati da relazioni parentali.

<sup>37</sup> Così, LISELLA, G., «I diritti dei figli privi di stato: a proposito di un recente contributo», *Rass. dir. civ.*, 1993, p. 376; RUSCELLO, F., *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, in *Comm. cc.* Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 278 ss.

dall'art. 337-*bis* e ss. c.c., che regolamenta altresí i procedimenti per i figli nati fuori del matrimonio. Relativamente ai rapporti del figlio con la famiglia di fatto, l'art. 337-*ter*, co. 1, c.c. sancisce la continuità di quelli "significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale". Le modalità dell'esercizio della responsabilità genitoriale *ex art.* 279 c.c. contemplate nel provvedimento per la prole (*ex art.* 337-*ter* c.c.) sono garantite anche dall'art. 709-*ter* c.p.c. contro le controversie insorte tra chi esercita la responsabilità genitoriale e in tutte le inadempienze o atti che rechino pregiudizio al minore o che ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento<sup>38</sup>.

Il trattamento successorio previsto dagli artt. 580 e 594 c.c., "differenziato"<sup>39</sup> rispetto a quello spettante agli altri figli, potrà essere rivisitato in sede dell'auspicato intervento legislativo<sup>40</sup>.

La responsabilità genitoriale *ex art.* 279 c.c. al mantenimento, all'educazione e all'istruzione della prole, grava su tutti genitori siano essi biologici o d'intenzione e di cura.

L'art. 279 c.c., mediante l'interpretazione evolutiva degli artt. 2, 3, 24, 30, 31 e 117, co. 1, Cost., consente di superare il *vulnus* di tutela dell'interesse dei bambini a conservare il rapporto di genitorialità intenzionale ed effettiva<sup>41</sup>. Impossibilità della conservazione del legame di familiare *de facto* confermata dalla Consulta con le sentenze di inammissibilità della Corte costituzionale n. 32 e n. 33 del 2021. La disciplina

---

<sup>38</sup> SCIA, F., «Responsabilità civile e doveri genitoriali: le persistenti problematiche dell'art. 709-*ter* c.p.c.», *Pers. Merc.*, 2020, pp. 414 ss. che esamina la Sentenza della Corte costituzionale 10 luglio 2020, n. 145.

<sup>39</sup> Regime differenziato messo in luce nel punto 4 della sentenza n. 494 del 2002, cit.

<sup>40</sup> Da ultimo nella sentenza del 14 luglio 2022 n. 177 nella quale la Consulta ritiene necessaria una riforma sistematica della materia delle azioni di stato e degli strumenti a tutela dei minorenni alla luce dell'evoluzione delle tecniche di PMA e di ricerca della genitorialità biologica. La Corte cost. è chiamata a pronunciarsi sull'incostituzionalità dell'art. 269 c.c. nella parte nella quale prevede che la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità può essere pronunciata unicamente nei casi nei quali il riconoscimento è ammesso, ma non può essere quando esso è contrario alla qualità di figlio accertato giuridicamente. Nella sentenza sono citati i precedenti nei quali la Consulta ha chiesto al legislatore di procedere ad una "revisione organica della materia in questione", tra i quali spiccano le nn. 32 e 33 del 2021 citate.

<sup>41</sup> Cass. 3 aprile 2020, n. 7668, id. 22 aprile 2020, n. 8029; sulla surrogazione di maternità sul rifiuto di trascrizione dell'atto di nascita all'estero per il co-padre d'intenzione, Sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, tutte in *DeJure*.

in esame dà effettività al diritto del figlio alla continuità della responsabilità genitoriale, attuando l'art. 24 cost. e le disposizioni convenzionali ad esso collegate.

Le condizioni di applicabilità dell'art. 279 c.c. sussistono nei fatti oggetto di esame della Consulta, così come i diritti da garantire ai minori coinvolti nelle vicende di incostituzionalità sono quelli sanciti dall'art. 279 c.c. (e dagli artt. 580 e 594 c.c.). Infatti, ricorre sia il requisito della nascita fuori del matrimonio, sia quello della non esperibilità dell'azione giudiziale per la dichiarazione giudiziale di genitorialità. La previsione in esame richiede l'impossibilità per il figlio di ottenere il riconoscimento o di agire per l'accertamento giudiziale della genitorialità. Impossibilità messa in luce dalla Consulta nelle sentenze nn. 32 e 33 del 2021.

Il ricorso ai diritti *ex art. 30 cost.* sanciti nell'art. 279 c.c. senza l'attribuzione dello *status filiationis* può ritenersi adeguato a tutelare l'interesse concreto dei bambini e a garantire l'effettività e la celerità della sua messa in opera, in presenza di un rapporto di filiazione effettivo, consolidatosi nella pratica della vita quotidiana con il genitore intenzionale. Essa potrebbe garantire il diritto alla continuità affettiva, anche in attesa di una disciplina organica della materia dell'attribuzione dello *status filiationis formale e/o sostanziale*.

I diritti indicati dalla Consulta da garantire ai minori coinvolti nelle vicende di incostituzionalità sono, infatti, il mantenimento, la cura, l'educazione, l'istruzione, la successione e, più semplicemente, la continuità e il conforto di abitudini condivise.

L'azione *ex art. 279 c.c.* e le altre connesse per la garanzia dei diritti successori (artt. 580 e 594 c.c.) potrebbero realizzare l'interesse dei minori. Non rileva in alcun modo distinguere in base al diverso dato dell'impossibilità dell'azione per la dichiarazione giudiziale di genitorialità o in base alla *ratio* della irricoscibilità o della non dichiarabilità del rapporto di filiazione.

La responsabilità *ex art. 279 c.c.* attua i parametri costituzionali (art. 30 cost.). L'autorizzazione giudiziale (*ex art. 251 c.c.*) e, in taluni casi, anche il consenso del figlio, esprimono la necessità della valutazione del migliore interesse concreto del minore in base alle circostanze particolari non solo per quanto concerne l'accertamento diretto della filiazione, ma anche per promuovere l'azione incidentale per la responsabilità senza genitorialità giuridica e per i provvedimenti relativi alla prole.

L'art. 279 c.c. mediante la lettura sistematica, evolutiva ed assiologica proposta, da rimedio puramente succedaneo, può rappresentare uno strumento applicabile alle ipotesi di non riconoscibilità o di non dichiarabilità esaminate e garantire a tutti i figli le tutele dall'art. 30, co. 1, Cost. In tal modo, la responsabilità in esame si può applicare ai c.dd. rapporti di filiazione *de facto* costituiti sul possesso di stato. Il possesso di stato da ipotesi residuale diviene l'indice della vita familiare di fatto.

## 9. Il riconoscimento internazionale della Kafala quale strumento di protezione del minore

Oltre ai casi sopra esaminati, la funzione giurisdizionale si misura con il riconoscimento degli *status* personali in altre fattispecie che presentano elementi di estraneità. Da tempo l'esecuzione di provvedimenti di Kafala<sup>42</sup> è un terreno di confronto delle esigenze di armonizzazione internazionale. Il quadro delle fonti per il riconoscimento dell'istituto è complesso ed è rappresentato da convenzioni internazionali che si confrontano con la disciplina di diritto internazionale privato.

Le norme convenzionali tendono a risolvere i possibili conflitti tra i diversi sistemi ed a promuovere, nell'interesse del fanciullo, la continuità degli strumenti nazionali oltre le proprie frontiere.

La Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989 (ratificata con l. n. 176 del 1991) sancisce che ogni minore privato temporaneamente o definitivamente del suo ambiente familiare ha diritto di essere protetto e di ricevere aiuti speciali (art. 20). Tale protezione sostitutiva, anche temporanea, può essere rappresentata dall'affidamento familiare, dall'adozione, della Kafalah (istituto di diritto islamico) o in caso di necessità dal collocamento in adeguati istituti per l'infanzia. La Convenzione indica i criteri di selezione per la scelta alternativa sincronica e diacronica tra i diversi strumenti di protezione: «si terrà debitamente

---

<sup>42</sup> Nel testo si farà riferimento al termine Kafala senza l'"h" finale perché è quello utilizzato nella Convenzione dell'Aja del 1996.

in conto della necessità di una certa continuità nell'educazione del fanciullo, nonché della sua origine etnica, religiosa, culturale e linguistica».

La Kafala è riconosciuta espressamente anche dalla Convenzione dell'Aja del 19.10.1996 (ratificata con l. 18 giugno 2015, n. 101) sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori di carattere internazionale<sup>43</sup>. In quanto dotata di efficacia tendenzialmente universale, è stata ratificata dai Paesi UE<sup>44</sup> e da Paesi ex tra UE anche di tradizione islamica<sup>45</sup>. Al momento l'Italia ha provveduto alla ratifica "secca" del testo della Convenzione, rimandando ad una fase successiva l'approvazione di norme per l'armonizzazione degli effetti della Kafala con le misure nazionali di protezione dei minori.

L'art. 3 della Convenzione si limita ad indicare la Kafala tra le misure di contenuto flessibile di protezione del minore. Il sub-par. e) dell'art. 3 menziona, in particolare, l'"assistenza legale tramite kafala o istituto analogo". La Convenzione radica *forum* e *ius* coincidenti nella residenza abituale del minore.

Nella Relazione esplicativa<sup>46</sup> si dà atto che la delegazione marocchina ha predisposto una nota dettagliata sull'istituto di diritto islamico denominato kafala e un nuovo documento (Work. Doc. n. 10) è stato prodotto durante la sessione diplomatica, relativo alla procedura della kafala prevista dalla legge marocchina del 10 settembre 1993 (abrogata nel 2002). Da questo emerge che il minore bisognoso di protezione potrebbe essere affidato, per decisione sia del giudice tutelare che di una commissione amministrativa, ad un istituto pubblico, ad

---

<sup>43</sup> La Convenzione si coordina con il Regolamento 2019/1111 (art 97) prevedendo che le norme Convenzionali di giurisdizione e sulla circolazione delle sentenze si applichino al minore con residenza abituale in uno Stato ex tra UE, contraente della Convenzione.

<sup>44</sup> Ratifica italiana è avvenuta con la l. 8 giugno 2015 n. 101 con entrata in vigore il 1 gennaio 2016. I Paesi UE hanno dovuto ratificare detta Convenzione in virtù della Decisione del Consiglio dell'UE 2008/431/CE che ha imposto il termine del 5 giugno 2010.

<sup>45</sup> Il Marocco il quale ha rivestito un ruolo importante nella definizione dell'istituto. Si v. La Relazione di Paol Lagarde citata nel testo.

<sup>46</sup> La Relazione di P. Lagarde è rinvenibile nella traduzione in italiano nel volume Convenzione dell'Aja 1996, Prontuario per l'operatore giuridico, a cura di F. Albano, Roma, 2018, p. 103 e ss.

una struttura sociale o ad una famiglia musulmana che si prenderà cura del minore (alloggio, mantenimento, educazione) e dei suoi beni, e che, se del caso, riceverà la delega di tutela sul minore. La kafala<sup>47</sup> non è un'adozione, vietata dal diritto islamico, e non produce effetti sul rapporto di filiazione. Il minore che ne beneficia non diventa membro della famiglia del kafil. È questa la ragione per la quale l'istituto islamico non rientra nell'ambito di applicazione della Convenzione dell'Aja del 1993 sulla protezione dell'infanzia e la cooperazione in materia di adozione internazionale<sup>48</sup>.

In ragione della ratifica della Convenzione, si è cercato di dare riconoscimento alla relazione creata dall'atto di Kafala, istituto non disciplinato dal diritto degli Stati membri dell'Unione Europea. Con la Convenzione dell'Aja del 1996, i Paesi aderenti si sono obbligati a riconoscere nel loro ordinamento gli effetti dell'istituto. La ratifica c.dd. secca della normativa internazionale nel sistema italiano non ha previsto norme di coordinamento/adattamento dell'istituto. Pertanto, si rivela problematica l'individuazione del regime giuridico di volta in volta applicabile alle diverse fattispecie dell'istituto.

Se lo Stato che ha disposto la Kafala e quello di accoglienza del minore sono Parti della Convenzione del 1996, la misura di protezione dovrà essere riconosciuta "di pieno diritto" (art. 23 par. 1). La Convenzione lascia alla discrezionalità degli Stati di destinazione nel quale il Kafil vuole trasferirsi o rientrare con il minore la disciplina per il ricongiungimento familiare<sup>49</sup> e quella volta a regolamentare gli effetti dei provvedimenti di Kafala.

Tuttavia, al fine di giungere ad una soluzione concordata tra i Paesi interessati, l'art. 33 della Convenzione del 1996 ha previsto l'obbligo di consultazione preliminare mediante una procedura di cooperazione

---

<sup>47</sup> La delegazione marocchina ha precisato che la trascrizione del termine arabo dovrebbe avvenire senza la "h" finale.

<sup>48</sup> RUDEVSKIS, J., «Droit de la famille et des mineurs dans les systèmes juridiques contemporains: droit islamique», in PERLINGIERI, P., CHIAPPETTA, G. (a cura di), *Questioni di diritto delle famiglie e dei minori*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, p. 215.

<sup>49</sup> Non occupandosi del permesso di soggiorno v. art. 4, lett. j) della Convenzione. Sul ricongiungimento, v. LANG, A., «La Kafala come presupposto per il ricongiungimento familiare nell'Unione europea», *rivista.eurojus.it*, 2020, pp. 139 ss.



da parte delle Autorità Centrali del Paese di origine e di quello di destinazione<sup>50</sup>. Tale consultazione obbligatoria preventiva ha la funzione di determinare le condizioni del ricongiungimento familiare e degli effetti della Kafala. La decisione sul collocamento transfrontaliero non ammette l'opposizione dell'autorità dello Stato di accoglienza che ha approvato la richiesta. Tenuto conto dell'interesse del minore, il negoziato offre una soluzione concordata e supera il problema dell'adattamento/coordinamento dell'istituto.

La mancanza della previa consultazione preventiva tra le autorità nazionali o nelle ipotesi escluse dall'ambito di applicazione della Convenzione del 1996, pone la questione del riconoscimento/efficacia della Kafala. In questi casi il riconoscimento convenzionale dell'istituto non consente di conseguire l'automatica produzione di effetti. I due ambiti, riconoscibilità ed efficacia, non coincidono perfettamente.

Per rispondere all'interrogativo che coinvolge l'interesse di minori, particolarmente vulnerabili, l'interprete dovrà effettuare un'analisi delle circostanze legali e fattuali del rapporto discendente dalla Kafala. Valutazione necessaria sia per la domanda di ricongiungimento familiare, sia per armonizzare degli effetti di tale istituto con le misure di protezione dell'infanzia del Paese di accoglienza. In relazione ad entrambi i profili le risposte ai quesiti sono complesse perché dipendono dalla frammentazione del diritto applicabile alla Kafala e dal mancato coordinamento dell'istituti con le misure nazionali.

## 10. Gli effetti discendenti dai diversi atti di Kafala: la pluralità dei regimi giuridici dell'istituto

In questa riflessione non è possibile un'analisi dettagliata delle diverse normative in materia. Esse presentano la costante del divieto di adozione e al contempo l'inserimento del minore nella famiglia del Kafal, senza l'acquisizione dello *status* di figlio. Negli ordinamenti isla-

---

<sup>50</sup> Il parere vincolante per l'Italia potrà essere dato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri (autorità centrale designata nell'art. 3 l. 18 giugno 2015 n. 101 di ratifica della Convenzione).

mici - stante il divieto di adozione ed il precetto che fa obbligo di aiutare i bisognosi e gli orfani - la *kafala* costituisce l'unico strumento a protezione dei minori che si trovano in uno stato di abbandono<sup>51</sup>.

Possono distinguersi due tipologie di *kafala*: la prima di carattere pubblicistico, conferita con provvedimento giudiziario all'esito di un procedimento che accerta e dichiara lo stato di abbandono del *makful* e l'idoneità del *kafil*; la seconda di carattere negoziale o convenzionale, che consiste in un atto notarile tra affidante e affidatario, sottoposto ad omologazione dell'autorità giudiziaria.

La legge del Marocco richiamata nella relazione Lagarde è stata abrogata (art. 32) e sostituita dalla l. n. 15-01 del 2002 relativa alla presa in carico (la *Kafala*) dei bambini abbandonati<sup>52</sup>. Quest'ultima, tra gli effetti del provvedimento relativo alla *Kafala*, attribuisce al *Kafil* (sia coppia coniugata, donna o istituto) i poteri che la legge riconosce al padre (art. 22 che richiama l'art. 198 L. n. 70-03 *code de la famille*). Lo statuto del minore in *Kafala* (*Makful*) è parificato a quello del bambino nato nella famiglia matrimoniale. Non è più necessario il rilascio della delega per la tutela legale del *Makful*, in quanto il *Kafil* lo diviene mediante il provvedimento istitutivo che gli riconosce la responsabilità genitoriale, sebbene sotto il controllo del giudice tutelare.

La *Kafala* può rappresentare una forma di tutela temporanea nella quale non necessariamente il rapporto di filiazione biologica è interrotto. Presupposto è l'impegno del responsabile (*Kafil*) ad occuparsi del minore fino al raggiungimento della maggiore età. La disciplina del rapporto che nasce dall'atto di *Kafala* può comportare l'attribuzione del cognome del *kafil* al minore, nonché la possibilità di ereditare<sup>53</sup>. L'atto di *Kafala* fa nascere obblighi di cura, assistenza ed educazione<sup>54</sup>. Il *Kafil* titolare della responsabilità genitoriale, (sia essa

<sup>51</sup> Nella legge marocchina del 2002 la situazione di abbandono comprende anche le ipotesi di bambini con genitori ritenuti incapaci o non idonei ad esercitare responsabilità genitoriale (art. 1). Pertanto, i genitori biologici o uno dei due, cessati i motivi che hanno determinato la dichiarazione di abbandono, possono essere autorizzati dal giudice tutelare a ricoprire il ruolo di genitori-tutori del proprio figlio (art. 29).

<sup>52</sup> Bulletin Officiel n. 5036 du 27 jourmada II 1423 (5 septembre 2002), p. 914.

<sup>53</sup> In termini generali, la "*kafala ne donne pas de droit à la filiation ni à la succession*" (v. art. 2 della disciplina del Marocco del 2002) ma riconosce al *Kafil* la facoltà di istituire il *Makful* come erede mediante "*Tanzil*" (art. 23).

<sup>54</sup> La *Kafala* marocchina disciplinata con la normativa del 2002 è "*l'engagement de prendre en charge la protection, l'éducation et l'entretien d'un enfant abandonné au même titre que le ferait un père pour son enfant*" (art. 2).

coppia coniugata, una donna o un istituto) deve essere musulmano, capace di agire, in buona salute e con i requisiti idonei a garantire protezione al minore.

La Kafala si estingue generalmente alla maggiore età del Makful<sup>55</sup>. In alcuni Paesi il regime non viene meno per le donne maggiorenni non sposate e per i Makful "handicapé ou incapable de subvenir à ses besoins". I maggiorenni con problemi di disabilità sono equiparati ai minorenni<sup>56</sup>. Anche le ulteriori cause di estinzione non sono uniformemente disciplinate<sup>57</sup>.

Inoltre, taluni ordinamenti prevedono la disciplina per l'autorizzazione del Makful a lasciare il Paese di origine per trasferirsi con il Kafil in un diverso Stato<sup>58</sup>.

La condizione del Makful può essere incerta in caso di divorzio della coppia-Kafil. In Marocco il giudice tutelare può mantenere la Kafala affidandola ad uno dei due ex coniugi (art. 26), statuendo il diritto di visita di parenti o dell'ex Kafil, se nell'interesse del minore e previo suo ascolto se capace di discernimento (art. 27). A contrario, in altri sistemi il divorzio può estinguere il rapporto di Kafala ed il bambino potrà essere affidato ad un terzo, non applicandosi al Kafil lo statuto dell'affidamento del minore al genitore in caso di divorzio, dettato esclusivamente per i figli nati nel matrimonio<sup>59</sup>.

In conclusione, l'istituto assume connotazioni diverse a seconda dell'intensità dell'influenza delle regole del Diritto musulmano che

---

<sup>55</sup> In Algeria ad es. la maggiore età è raggiunta al compimento del 19° anno di età ex art 40, comma 2, ordonnance 75-58 del 26 september 1975 portant code civil algérien. V. BUOLENOUAR AZZEMOU, M. «L'enfant mineur dans la législation algérienne», in PERLINGIERI, P., CHIAPPETTA, G. (a cura di), *op. cit.*, pp. 230 ss.

<sup>56</sup> Art. 27 della disciplina del Marocco.

<sup>57</sup> In Marocco il provvedimento giudiziario può far venir meno la Kafala "en cas de violation par la personne qui l'assume de ses obligations ou en cas de désistement de ladite personne ou si l'intérêt supérieur de l'enfant soumis à la Kafala l'exige" (art. 25).

<sup>58</sup> L'art 24 della legge del Marocco sancisce che il Kafil potrà trasferirsi all'estero permanentemente con il Makful, previa autorizzazione del giudice tutelare valutati gli interessi delle parti. L'autorizzazione giudiziaria in copia sarà inviata al consolato marocchino nel Paese ospitante al fine di controllare il rispetto delle obbligazioni discendenti dall'atto di Kafala e di darne notizia al giudice tutelare, Quest'ultimo potrà far venir meno la Kafala in caso di violazione delle obbligazioni assunte dal Kafil (tra le quali l'adozione del minore e la creazione di uno *status filiationis*).

<sup>59</sup> V. per il sistema algerino gli approfondimenti, BUOLENOUAR AZZEMOU, M., *op. cit.* p. 231.

continua ad essere la fonte materiale della legislazione familiare dei Paesi islamici<sup>60</sup>.

## 11. Casistica: la Corte di giustizia in tema di ricongiungimento familiare

La Corti europee sono state investite di questioni riguardanti minori in Kafala. Invocando ragioni differenti, le giurisdizioni sovranazionali precisano i contorni del diritto alla continuità transfrontaliera delle situazioni familiari costituite all'estero mediante l'istituto della Kafala.

L'interpretazione giurisprudenziale indica quale momento imprescindibile del riconoscimento di una relazione a tutela dei bambini, l'instaurazione della vita familiare.

Le differenze fra i sistemi di tutela dei minori nei Paesi di diritto islamico rispetto a quelli dell'UE si riflettono nelle difficoltà di riconoscimento diretto della Kafala o nell'inquadramento in altro istituto giuridico.

La Corte di giustizia<sup>61</sup> ha esaminato la domanda presentata da cittadini europei per il ricongiungimento familiare con il Makful algerino. I coniugi francesi chiedevano il permesso d'ingresso, in qualità di adottata, per la minore algerina, loro affidata secondo il regime della kafala. L'autorità adita poneva due questioni pregiudiziali: 1) se la direttiva relativa alla libera circolazione<sup>62</sup> consentisse di qualificare tale minore come «discendente diretto» delle persone che l'avevano accolta a titolo della kafala; 2) se la bambina poteva godere di un diritto di ingresso nel Paese di residenza dei Kafil.

---

<sup>60</sup> V., BUOLENOUAR AZZEMOU, M., *op. cit.* e gli altri saggi del volume.

<sup>61</sup> Grande Sezione della Corte di giustizia nel caso SM c. Entry Clearance Officer, UK Visa Section, Causa C-129/18, CGUE, 26 marzo 2021, *cit.*

<sup>62</sup> Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE (GU 2004, L 158, p. 77, e rettificata in GU 2004, L 229, p. 35), reperibile in [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu).

La direttiva prevede due possibilità per un minore che non sia cittadino dell'Unione per entrare e soggiornare in uno Stato membro insieme alle persone con le quali ha una «vita familiare». Nel caso dei discendenti diretti, tale diritto di ingresso e di soggiorno è automatico, mentre, nel caso di “altro familiare” che sia a carico o conviva con il cittadino dell'Unione titolare del diritto di soggiorno a titolo principale, si richiede un previo esame della situazione.

Nella sentenza, la Corte muove dal diritto algerino secondo il quale la kafala costituisce l'impegno assunto da un adulto di farsi carico del mantenimento, dell'educazione e della protezione di un minore, allo stesso modo di come lo farebbe un genitore per il figlio e di esercitare la responsabilità genitoriale su tale minore<sup>63</sup>. A differenza di un'adozione, vietata dal diritto algerino, il fatto che un minore sia posto sotto kafala non conferisce a quest'ultimo lo *status* di erede. Peraltro, la kafala cessa al momento in cui il minore raggiunge la maggiore età ed essa è revocabile su richiesta dei genitori biologici o del responsabile.

La Corte affronta la questione interpretativa della nozione di «discendente diretto» di un cittadino dell'Unione, che compare nella direttiva relativa alla libera circolazione, e si interroga se essa includa un minore a titolo della kafala algerina. A tal proposito, la Corte afferma che la disposizione nell'interpretazione autonoma e uniforme deve tener conto del contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte. In tale contesto, la Corte rileva che la nozione di «discendente diretto» rinvia generalmente all'esistenza di un legame di filiazione. Tale nozione di «legame di filiazione» deve essere intesa in senso ampio, in modo da comprendere qualsiasi legame di filiazione biologico o legale (adozione). La Corte constata che, non creandosi, con la sottoposizione di un minore al regime della kafala algerina, un legame di filiazione tra il minore e il suo responsabile, non può essere considerato «discendente diretto». La Grande Sezione afferma “Posto che il regime della kafala algerina non crea un legame di filiazione tra

---

<sup>63</sup> In particolare al punto 27 si legge che ai sensi del provvedimento giudiziario di Kafala algerina i coniugi si erano impegnati a “*impartire alla minore...un'educazione secondo i precetti della religione islamica* (a) mantenerla sana fisicamente e mentalmente, provvedendo alle sue necessità, (a) occuparsi della sua istruzione, (a) trattarla come se fossero i genitori naturale, (a) proteggerla, (a) rappresentarla dinanzi le autorità giurisdizionali e (a) assumere la responsabilità civile per gli atti pregiudizievoli”. Inoltre, tale atto autorizzava i coniugi “ad ottenere assegni familiari, sussidi, e indennità, a firmare ogni documento amministrativo e di viaggio nonché a viaggiare con SM (la bambina loro affidata) fuori dall'Algeria”.

il minore e il tutore, un minore posto sotto la tutela legale di un cittadino dell'Unione in forza di detto regime non può essere considerato «discendente diretto» di un cittadino dell'Unione”.

Invece, la nozione di «altro familiare» di cui all'art. 3, della direttiva 2004/38 è tale da comprendere la situazione di un minore che è stato posto, presso cittadini dell'Unione, sotto un regime di tutela legale quale la kafala algerina e a favore del quale tali cittadini si fanno carico del mantenimento, l'istruzione e la protezione, in forza di un impegno assunto sulla base del diritto del paese d'origine del minore”. Infatti, la responsabilità genitoriale volta al mantenimento, l'istruzione e la protezione può instaurarsi anche in forza di un impegno assunto in base alla Kafala secondo il diritto del Paese d'origine del minore.

La Corte afferma che l'obiettivo della direttiva consiste nel «preservare l'unità della famiglia in senso più ampio», agevolando l'ingresso e il soggiorno delle persone che presentano vincoli familiari stretti e stabili con un cittadino dell'Unione in ragione di circostanze di fatto specifiche, quali una dipendenza economica, un'appartenenza al nucleo familiare o gravi motivi di salute. In tali situazioni, gli Stati membri devono, quindi, prevedere la possibilità, per i membri «della famiglia in senso più ampio», di ottenere una decisione sulla loro domanda di ingresso che sia fondata su di un esame approfondito della loro situazione personale, che tenga conto dei diversi fattori pertinenti e che, in caso di rifiuto, sia motivata. Inoltre il margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati membri deve essere esercitato alla luce e nel rispetto delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare, del diritto al rispetto della vita privata e familiare.

La Corte conclude che è compito delle autorità nazionali agevolare l'ingresso ed il soggiorno di un minore posto sotto la tutela di cittadini dell'Unione a titolo della kafala algerina in quanto «altro familiare» di un cittadino dell'Unione, procedendo ad una valutazione equilibrata e ragionevole di tutte le circostanze attuali e pertinenti del caso di specie, che tenga conto dei diversi interessi presenti e, in particolare, dell'interesse superiore del minore in questione. Tale valutazione deve prendere in considerazione anche gli eventuali rischi concreti e individualizzati che il minore interessato sia vittima di abuso, sfruttamento o tratta dei minori.

Come è noto la decisione è vincolante egualmente per gli altri giudici nazionali ai quali venga sottoposto un problema simile. In ogni

caso si delinea la nozione di famiglia fondata sulla discendenza (anche adottiva) e quella di vita familiare (“altri familiari”) che non richiede necessariamente un legame di tipo biologico o giuridico.

## 12. La giurisprudenza della Corte dei diritti dell’uomo sul rifiuto di concedere l’adozione del minore sottoposto a kafala

Anche la Corte di Strasburgo si è occupata della Kafala in due procedimenti. Il primo è *Harroudj c. Francia*<sup>64</sup> nel quale si affronta la questione se il rifiuto della legge francese di adozione di un minore in Kafala rappresenta una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU).

La ricorrente (Kafil) di nazionalità franco-algerina e residente in Francia, otteneva in Algeria un decreto di Kafala di una minore in stato di abbandono. La Kafil presentava in Francia domanda di adozione piena o, in subordine semplice, dichiarando di agire nel superiore interesse della bambina (Makful). Il Tribunale adito rigettava la prima richiesta (di adozione piena) *ex art. 370-3 code civil*, secondo il quale l’adozione non può essere dichiarata se la legge dello Stato di nazionalità del minore la proibisce, ed escludeva ogni riconoscimento alla stregua dell’adozione semplice. Ciò in quanto la Kafala e l’adozione semplice, pur accomunati dal mantenimento degli eventuali rapporti di filiazione biologica, si differenziano per la creazione con l’adozione di un nuovo, ulteriore rapporto di filiazione, che l’istituto musulmano esclude<sup>65</sup>. Il giudice adito affermava che l’adozione non era una misura indispensabile per la tutela dell’interesse concreto della bambina già adeguatamente tutelato dalla legge francese che attribuiva alla Kafil la responsabilità genitoriale nei confronti della Makful senza costituzione formale di uno *status filiationis*. La Corte ha escluso la violazione

---

<sup>64</sup> Corte di Strasburgo caso *Harroudj c. Francia*, Sentenza del 4 ottobre 2013, Ric. n. 43631/09.

<sup>65</sup> Court de cassation, Civ. I, 10 ottobre 2006, n. 06-15.265 e n. 06-15.264 richiamate da P. PASSAGLIA, «La tutela dell’identità del minore nell’ordinamento francese al crocevia tra diritto interno e diritto sovranazionale e tra legislazione e giurisprudenza», in PERLINGIERI, P., CHIAPPETTA, G. (a cura di), *op. cit.*, p. 321 e nota 79.

dell'art. 8 CEDU poiché era stato tutelato adeguatamente l'interesse superiore della bambina, il pluralismo culturale e la libertà religiosa.

Nel secondo caso, Chbihi Loudoudi e altri c. Belgio<sup>66</sup>, la questione è la medesima ma le circostanze fattuali e giuridiche sono in parte differenti. I ricorrenti erano coniugi marocchini residenti in Belgio (Kafil) e la nipote marocchina era stata loro affidata mediante Kafala negoziale stipulata da un notaio e omologata dal competente tribunale marocchino. L'atto di Kafala negoziale affidava la nipote agli zii «à l'effet de la prendre à leur propre charge par la voie de la kafala, veiller à tous ses intérêts, en fait de logement, nourriture et scolarisation, et subvenir à toutes ses nécessités générales de sa vie; l'emmener avec eux en voyage tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du Maroc, la loger avec eux à l'étranger»<sup>67</sup>. La coppia ritornata in Belgio proponeva domanda di adozione della nipote, vietata in Marocco. Il diritto belga vietava l'adozione per mancanza dello stato di abbandono della Makful. Al rigetto della domanda di adozione i coniugi adivano la Corte di Strasburgo.

Davanti alla Corte europea i ricorrenti lamentavano la violazione dell'art. 8 Cedu sostenendo che l'impossibilità di adozione costituiva un'ingerenza nella vita familiare esistente tra loro e la bambina (Makful). Inoltre, affermavano che era nell'interesse del bambino l'attribuzione formale di un legame di filiazione e che il rifiuto di adozione costituiva un trattamento discriminatorio fondato sulla nazionalità della minore. Anche in questo caso la Corte di Strasburgo non ha ravvisato alcuna violazione dell'art. 8 della Cedu. Per i giudici europei l'identità costituzionale degli Stati membri e l'ampio margine di apprezzamento di cui essi dispongono nella materia familiare e nell'accertamento della filiazione giustificano il rifiuto di adozione nell'interesse superiore della minore e della diversa identità culturale del medesimo<sup>68</sup>. Esaminando l'interesse superiore della bambina, i giudici europei affermavano che il rifiuto di adozione era finalizzato a rispettare la vita privata e familiare della bambina. La Corte rilevava l'esistenza del legame di filiazione con i genitori biologici in Marocco. L'adozione avrebbe determinato per la bambina due diverse identità,

---

<sup>66</sup> Corte di Strasburgo caso Chbihi Loudoudi e altri c. Belgio, Sentenza 16 dicembre 2014 definitivo 16 marzo 2015, Ric. n. 52265/10. G. PASCALE, «Ricongiungimento familiare, diritti fondamentali e Kafala islamica nella sentenza SM della Corte di giustizia dell'Unione europea», *Studi sull'integrazione europea*, 2019, pp. 795-808.

<sup>67</sup> Corte di Strasburgo caso Chbihi Loudoudi e altri c. Belgio, cit., §8.

<sup>68</sup> Corte di Strasburgo caso Chbihi Loudoudi e altri c. Belgio, cit., § 94 e ss.



due statuti personali differenti (genitorialità biologica/genitorialità adottiva) in Belgio e nel suo Paese di origine. La Corte non ha rilevato una violazione dell'art. 8 Cedu sotto l'angolo della protezione della vita privata della bambina, alla medesima conclusione giungeva relativamente alla prolungata situazione di soggiorno temporaneo<sup>69</sup>.

Per la Corte di Strasburgo le misure nazionali tutelavano adeguatamente il superiore interesse della bambina in base alle circostanze esistenti al tempo delle rispettive pronunce.

In entrambe le decisioni la Francia ed il Belgio avevano riconosciuto nel loro ordinamento gli effetti discendenti dalla Kafala ai sensi del diritto degli Stati islamici nei quali essa era stata costituita. L'interesse alla vita familiare instaurata tra le bambine e gli affidatari non poteva essere protetto con l'instaurazione formale dello *status filiationis adoptivo* tra la minore in Kafala e gli esercenti la responsabilità genitoriale<sup>70</sup>. Applicando implicitamente la legge di nazionalità delle bambine si rispettavano tanto gli effetti prodotti dalla Kafala negli Stati Islamici, tanto l'interesse superiore delle bambine, "en tant que composante du respect de la vie familiale"<sup>71</sup>. Gli Stati convenuti avevano riconosciuto l'esistenza della vita familiare e garantito la continuità della responsabilità genitoriale instaurata con la Kafala rispettando il pluralismo culturale ed effettuando un corretto bilanciamento tra l'interesse pubblico e quello dei ricorrenti. Le misure nazionali, attuando il superiore interesse delle bambine coinvolte nelle vicende giudiziarie, non violavano i diritti umani implicati.

Nel secondo caso suindicato, la Corte ha espressamente affermato che la Kafala negoziale non aveva interrotto i rapporti della bambina con i genitori biologici e non aveva generato un nuovo rapporto di filiazione con i Kafil. Pertanto, l'adozione applicata al caso avrebbe violato i diritti umani della bambina che avrebbe avuto due identità diverse per il diritto belga e per quello marocchino.

In sintesi, per la giurisprudenza europea rilevata l'esistenza della vita familiare gli Stati devono garantire nell'interesse del bambino (Makful) la continuazione dell'esercizio dei doveri di cura da parte di chi se ne assume volontariamente la responsabilità (Kafil). È compito delle autorità nazionali agevolare l'ingresso ed il soggiorno del Makful

---

<sup>69</sup> Corte di Strasburgo caso Chbihi Loudoudi e altri c. Belgio v. § 97.

<sup>70</sup> V. Harraudj c. Francia, cit. §§ 21-22 e in particolare § 48, analogamente nella sentenza Chbihi Loudoudi e altri c. Belgio, cit., § 94 e ss.

<sup>71</sup> Corte di Strasburgo caso Chbihi Loudoudi e altri c. Belgio, cit.

quale altro familiare del Kafil, procedendo ad una valutazione ragionevole e proporzionata di tutte le circostanze che tenga conto di tutti gli interessi, in particolare di quello del minore.

### **13. Evoluzione della giurisprudenza nazionale. Dal rifiuto del visto d'ingresso alle relazioni *limping***

La legge italiana di ratifica della Convenzione del 1996 non si è occupata di disciplinare l'ingresso del minore in Kafala e di armonizzare la misura con gli istituti nazionali.

Giova ricordare che la Kafala è un istituto variamente disciplinato ed assicura una tutela sostitutiva rispetto all'adozione, stante il divieto coranico di quest'ultima. La Kafala può essere istituita anche mediante un atto negoziale con il quale il genitore affida il figlio ad una specifica persona anche al nonno del minore. In questo caso il Makful potrà anche essere un discendente del Kafil. La Kafala può, quindi, rappresentare una forma di tutela anche di fonte negoziale nella quale il rapporto di filiazione del minore con genitori biologici permane.

Le diverse fattispecie denominate Kafala comportano l'assunzione da parte del o dei responsabili (Kafil) di precisi doveri di cura, assistenza, educazione, che possono potersi fino alla maggiore età del bambino (makful).

Occorre pertanto muovere dalle distinte situazioni poste all'attenzione dell'interprete nazionale. La maggior parte delle decisioni in materia di Kafala riguardano il ricongiungimento familiare.

In un primo momento la giurisprudenza nazionale ha negato<sup>72</sup> il diritto al ricongiungimento ad un minore marocchino affidato in Kafala a cittadini italiani. Per la Cassazione, l'inserimento di un minore straniero in stato di abbandono in una famiglia italiana poteva avvenire esclusivamente in applicazione della disciplina dell'adozione internazionale. Il bambino veniva dichiarato in stato di abbandono ed ai Kafil negato il diritto di fare opposizione alla dichiarazione dello stato

---

<sup>72</sup> Cass., 1 marzo 2010 nn. 4868 e 4869, in *DeJure*.

di abbandono<sup>73</sup>. A contrario, i giudici di legittimità concedevano il diritto di ingresso al minore straniero in Kafala affidato a cittadini marocchini regolarmente soggiornanti in Italia. Il ricongiungimento familiare veniva riconosciuto qualificando la Kafala in termini affidamento, istituto quest'ultimo indicato nell'art. 29 del TU sull'immigrazione.

Noncurante dell'interesse del minore alla continuazione della responsabilità genitoriale esercitata dal Kafil, si introduceva un diverso regime a seconda che il richiedente fosse cittadino italiano o cittadino di un paese terzo. Il regime si riteneva non avesse natura discriminatoria poiché il cittadino italiano avrebbe potuto ricorrere all'adozione per creare il legame di filiazione che avrebbe consentito il ricongiungimento<sup>74</sup>.

Sulla questione si sono espresse le Sezioni unite di questa Corte con la pronuncia n. 21108 del 16 settembre 2013, statuendo che «non può essere rifiutato il nulla osta all'ingresso nel territorio nazionale, per ricongiungimento familiare, richiesto nell'interesse di minore cittadino extracomunitario, affidato a cittadino italiano residente in Italia con provvedimento di *kafalah* pronunciato dal giudice straniero, nel caso in cui il minore stesso sia a carico o conviva nel paese di provenienza con il cittadino italiano, ovvero gravi motivi di salute impongano che debba essere da questi personalmente assistito». A far data da tale decisione delle Sezioni Unite, la Cassazione rileva il regime discriminatorio, lesivo dell'interesse del minore in Kafala in base alla nazionalità degli affidatari. Reinterpretando il decreto lgs. 2007 n. 30 (attuativo della Direttiva 2004/38) alla luce dei principi costituzionali e convenzionali, si afferma che il minore affidato in Kafala giudiziaria a cittadini italiani può essere considerato tra gli "altri familiari" ex art. 3 del decreto. Il diritto al ricongiungimento sussiste a condizione che il minore abbia vissuto con i cittadini italiani nel Paese di origine del bambino, nel caso la Kafala preveda la presa in carico del minore *de futuro* senza che vi sia già stata convivenza, ovvero se gravi motivi di salute del minore richiedano che sia assistito personalmente dal Kafil cittadino italiano. Conformemente alla Grande Sezione della Corte di giu-

---

<sup>73</sup> Analogo problema dell'opposizione della Kafil all'affidamento della Makful all'Aide sociale à l'enfance (ASE) è affrontato dalla Cassazione francese, prima camera civile, nella sentenza del 30 novembre 2022.

<sup>74</sup> Cass., 1 marzo 2010 n. 4868, in *DeJure online*.

stizia, si esclude che il minore affidato in Kafala possa essere equiparato ad un “discendente” ex art. 2 del medesimo decreto poiché la nozione “implica un rapporto parentale, fondato sulla realtà biologica o anche solo giuridica dell’adozione”. Le Sezioni Unite del 2013 si esprimevano in relazione al caso di Kafala pubblicistica.

La Suprema Corte nell’esercizio della funzione nomofilattica distingue la famiglia che presuppone il legame di parentela nella quale si colloca il “discendente” (ex art. 2 d. lgs 30 del 2007) dalla famiglia senza legami di parentela nell’ambito della quale può essere considerato il Makful quale “altro familiare”. Per la Cassazione il concetto di famiglia “non richiede necessariamente l’esistenza di legami di tipo parentale”<sup>75</sup>. La tesi, in linea con la giurisprudenza della Consulta e delle Corti europee su esaminate, ribadisce che lo Stato deve prevedere una misura volta alla costituzione di un legame familiare che consenta l’esercizio della responsabilità genitoriale se a tutela del minore, pur senza l’accertamento o l’attribuzione formale e di legami di filiazione/parentela<sup>76</sup>.

Emerge inequivocabilmente che l’interesse del bambino non potrà essere<sup>77</sup> salvaguardato ab inizio con l’instaurazione di un rapporto di filiazione formalmente dichiarato. Non appare idonea l’adozione, neanche nella forma flessibile ex art. 44 lett. D l. 184 del 1983. Questa ultima crea un nuovo rapporto di filiazione (e di parentela) escluso dalla Kafala.

La Cassazione nel 2015<sup>78</sup> estende, in applicazione dell’art. 3, comma 2, d.lgs. 30/2007, la possibilità di ricongiungimento al bambino in Kafala negoziale (omologata dal notaio).

---

<sup>75</sup> Sez. Un., 16 settembre 2013, n. 21105, in *Guida dir.*, 2014, 1, p. 40, statuendo che «non può essere rifiutato il nulla osta all’ingresso nel territorio nazionale, per ricongiungimento familiare... nel caso in cui il minore stesso sia a carico o conviva nel paese di provenienza con il cittadino italiano, ovvero gravi motivi di salute impongano che debba essere da questi personalmente assistito».

<sup>76</sup> V. sentenze citate *supra* della Corte costituzionale, della Corte di Giustizia e della Corte dei diritti dell’uomo.

<sup>77</sup> Cass. 11 novembre 2020 n. 25310.

<sup>78</sup> La Cass., 2 febbraio 2015, n. 1843, in *Dir. fam. pers.*, 2016, p. 64 ha statuito che non solo la kafala “pubblicistica”, ma anche la kafala “negoziale” può costituire presupposto giuridico del diritto al ricongiungimento familiare, in applicazione dell’art. 3, comma 2, d.lgs. 30/2007, che tra gli aventi diritto all’ingresso e al soggiorno nel territorio nazionale include «ogni altro familiare, qualunque sia la sua cittadinanza, non definito all’articolo 2, comma 1, lettera b), se è a carico o convive, nel paese di provenienza, con il cittadino dell’Unione titolare del diritto di soggiorno a titolo

Nel 2020 la Suprema corte indica ancor più chiaramente le indagini da effettuarsi, caso per caso, per individuare la misura nazionale da applicarsi in ragione dell'interesse concreto del bambino. La situazione fattuale e giuridica è diversa da quelle in precedenza esaminate. La madre aveva affidato mediante l'atto di Kafala negoziale il figlio minore al fratello maggiorenne. Il bambino pakistano era entrato irregolarmente in Italia con il fratello, già titolare di permesso per asilo politico (era stato negato il visto d'ingresso dell'ambasciata italiana a Istamabad). Il giudice di merito, annullato il diniego del visto, aveva ammesso il ricongiungimento qualificando la relazione discendente dalla Kafala come affidamento parentale *ex art. 9 l. n. 184 del 1983*. La Cassazione al fine di verificare la decisione ricostruisce il quadro normativo di riferimento.

I giudici di legittimità affermano che non rileva distinguere in astratto la Kafala giudiziaria da quella negoziale per rispettivamente concedere o negare il riconoscimento/efficacia alla Kafala. Occorre valutare se essa è "prevista in ordinamenti giuridici che si ispirano al Corano" e se in concreto è "un istituto di protezione familiare inteso a far godere al minore maggiori opportunità di crescita e migliori condizioni di vita, salvaguardando il rapporto con i genitori". La Kafala negoziale prescinde dallo stato di abbandono o di grave disagio del minore dal suo ambiente familiare richiesto per la Kafala giudiziaria<sup>79</sup>. Essa si costituisce "mediante un negozio stipulato tra la famiglia di origine e quella di accoglienza". In tale prospettiva la Cassazione ritiene che la possibilità di consentire il ricongiungimento "deve essere effettuata caso per caso in considerazione del superiore interesse del minore". È necessario in via preliminare "svolgere l'accertamento richiesto sulla natura e sulle finalità dell'istituto prescelto dalle parti ... e sulla corrispondenza di esso alle norme di diritto interno dello Stato di appartenenza". Di poi "accertare quale fosse la effettiva ragione pratico-giuridica di esso (giacché un atto di consimile è potenzialmente

---

principale o se gravi motivi di salute impongono che il cittadino dell'Unione lo assista personalmente». È stata così data un'interpretazione più ampia e più favorevole al minore, dal momento che la valutazione circa la possibilità di consentirgli l'ingresso in Italia ed il ricongiungimento con l'affidatario non può essere esclusa in considerazione della natura e della finalità dell'istituto della *kafala* negoziale, dovendo essere effettuata caso per caso in considerazione del superiore interesse del minore. V. anche, Cass. 24 novembre 2017 n. 28154, in *DeJure*.

<sup>79</sup> Cass., 2 febbraio 2015 n. 1843 richiamata in Cass. n. 25310 del 2020, cit.

utilizzabile anche a fine elusivo delle norme del Paese ospitante) se e in quale senso, in base alle norme di diritto interno dello Stato di provenienza, il ricorso a tale istituto del genere fosse da considerare ammesso ...se e in qual senso, a fronte della concreta situazione personale e familiare, esso fosse coerente con i superiori interessi del minore". La Cassazione ritiene che solo dopo l'espletamento di tale indagine con esito positivo si può accordare il ricongiungimento sulla base dell'art. 29, co. 2, TU sull'immigrazione<sup>80</sup>.

## 14. Riconoscimento della Kafala

Gli esiti giurisprudenziali sul riconoscimento dell'istituto nel diritto civile, talvolta, superano le indicazioni convenzionali. Si continua a dare riconoscimento alla Kafala valorizzandone la somiglianza con l'istituto dell'affidamento etero-familiare per «la funzione educativa tipica e la possibile temporaneità degli effetti»<sup>81</sup> o "convertendo" l'istituto islamico in adozione semplice *ex art. 44 lett. d) l. l. 184/83* «per dare veste giuridica all'istituto»<sup>82</sup>. Il divieto di adozione coranico e l'assenza di un rapporto di filiazione è un limite che rende non proponibile *ab origine* l'equiparazione tra adozione e Kafala. Giova ricordare che la Consulta, fugando i dubbi preesistenti, con la sentenza n. 79 del 2022, ha affermato che l'adozione in casi particolari crea il rapporto di

---

<sup>80</sup> Sul ricongiungimento familiare, Cass. 11 novembre 2020 n. 25310, cit.; Cass. pen., 9 giugno 2021, n. 22734, *osservatoriofamiglia.it*, nella quale non avendo l'autorità giudiziaria tenuto conto del rapporto tra l'imputata e la minore (zia e nipote), derivante dall'istituto islamico della (Kafala), nei confronti della minore straniera era stato avviato un procedimento presso il Tribunale per i minorenni finalizzato alla dichiarazione di adottabilità e la Kafil era stata imputata del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina ai sensi dell'art. 12, comma 3, del D.lgs. n. 286 del 1998. Per la Cassazione i giudici di merito avrebbero dovuto accertare la validità o meno della dedotta (Kafala) e la sua equiparabilità al rapporto madre/figlio de facto, ossia la cura prestata dal Kafil realizzata con l'assistenza morale e materiale. Ciò avrebbe scriminato l'esistenza del reato ed che avrebbe escluso, nell'interesse della minore, la procedura di adottabilità.

<sup>81</sup> App. Torino, decreto 28 giugno 2007, in *old.asgi.it*.

<sup>82</sup> Trib. min Brescia, 5 febbraio 2021 con nota di C. FOSSATI, reperibile in *osservatoriofamiglia.it*; Trib. min Trento, 10 settembre 2002, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, p. 149 con nota di Long. *Contra*, Trib. min. Brescia, 12 marzo 2010, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 770.

filiazione/parentela. Anche l'applicazione di tale forma di adozione violerebbe al contempo le previsioni convenzionali e creerebbe un nuovo e ulteriore rapporto di filiazione, che l'istituto esclude. Inoltre, le condizioni negoziali della Kafala privatistica potrebbero escludere ogni riconoscimento alla stregua di un'adozione. Così nel caso Chbihi Loudoudi di Kafala negoziale (privatistica o convenzionale) esaminato dalla Corte di Strasburgo o nella ipotesi negoziale oggetto della Cassazione nella pronuncia del 2020 n. 25310 nella quale l'affidatario e l'affidato erano fratelli.

Aderendo alla tesi della riconoscibilità alla stregua delle norme di diritto internazionale privato, si è riconosciuta efficacia diretta alla Kafala *ex lege* in base all'art. 66 l. n. 218/1995 e dell'art. 23 par. 1 della Convenzione dell'Aja del 1996<sup>83</sup>. Il Tribunale minorile ha applicato i principi della Cassazione <sup>84</sup> : "Ai fini del riconoscimento di un provvedimento straniero di omologazione della kafalah, si applica la procedura generale stabilita dagli art. 64 ss. l. 31 maggio 1995 n. 218 e non quella prevista per le adozioni internazionali. La cittadinanza italiana dell'affidatario di un minore con provvedimento di kafalah non è condizione ostativa al nulla osta all'ingresso del minore nel territorio nazionale per ricongiungimento familiare. L'istituto della kafala negoziale, quando sia assoggettato ad un controllo da parte della pubblica autorità sulla sua conformità all'interesse superiore del minore, non contrasta con l'ordine pubblico italiano. Il minore straniero, affidato a cittadino italiano con provvedimento di kafala, può rientrare tra gli «altri familiari» di cui all'art. 3, 2° comma, d.leg. 6 febbraio 2007 n. 30, per i quali il cittadino italiano può richiedere il ricongiungimento familiare. La kafala negoziale, nel non presupporre una situazione di abbandono del minore, non si pone in contrasto con i principi fondamentali della convenzione di New York sui diritti del fanciullo, della Cedu e della convenzione dell'Aia del 1996 in materia di responsabilità genitoriale e protezione dei minori".

Il riconoscimento automatico richiede l'individuazione del regime giuridico da applicarsi caso per caso e tempo per tempo, nel rispetto

---

<sup>83</sup> Trib. Min. Emilia Romagna, decreto 14 marzo 2019, in *Dir. fam e pers.*, 2019, p. 1191 e ss. con nota di M. POLI.

<sup>84</sup> Cass., 2 febbraio 2015, n. 1843, cit.

del pluralismo culturale e con una misura che concretizza un giusto equilibrio tra gli interessi coinvolti<sup>85</sup>.

Dalla casistica esaminata si rileva il sorgere di posizioni incerte. Nonostante la libertà di circolazione e di soggiorno, il Kafil cittadino europeo potrebbe trovare ostacoli giuridici ad agire in qualità di rappresentante del minore (es. per motivi di scolarizzazione o di salute). La proposta di Regolamento sulla filiazione non si occupa dell'affidamento in Kafala<sup>86</sup>. Potrebbe, se vi sono gli estremi dell'esercizio in concreto della responsabilità genitoriale, applicarsi il Regolamento 1111/2019, sebbene la dottrina internazionalistica ne abbia escluso l'applicazione.

Le questioni continuano ad essere poste ai giudici nazionali. L'esistenza di una vita familiare riconducibile alla Kafala può eliminare il rapporto di terzietà fra il Kafil ed il minore. In quest'ottica la relazione è giuridicamente riconosciuta e nell'interesse del minore consente di escludere la condotta penale di immigrazione clandestina, evitare la dichiarazione dello stato di abbandono del figlio e consentire di usufruire del ricongiungimento familiare.

Di recente la Cassazione<sup>87</sup> ha esaminato una vicenda nella quale l'autorità giudiziaria, non avendo tenuto conto del rapporto tra l'imputata e la minore (zia e nipote) derivante dall'istituto islamico della (Kafala), aveva avviato nei confronti della minore straniera un procedimento presso il Tribunale per i minorenni finalizzato alla dichiarazione di adottabilità e la Kafil era stata imputata del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina ai sensi dell'art. 12, comma 3, del D.lgs. n. 286 del 1998.

---

<sup>85</sup> PERLINGIERI, P., «Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico», *Dir. succ. fam.*, 2017, pp. 165 ss.

<sup>86</sup> Proposta di regolamento del Consiglio Europeo del 7 dicembre 2022 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di genitorialità e all'istituzione di un certificato europeo di paternità.

<sup>87</sup> Cass. pen. n. 22734 del 2021, cit., per l'esclusione del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina ai sensi dell'art. 12, comma 3, del D.lgs. n. 286 del 1998, il giudice di merito deve vagliare l'esistenza e la validità, nel caso di specie, della kafala e accertare la sussistenza dei requisiti per il riconoscimento di un legame di filiazione tra il minore e l'imputato, atteso che, in presenza di tale legame, la giurisprudenza di legittimità esclude la configurazione del reato.



Per la Cassazione i giudici di merito avrebbero dovuto accertare la validità o meno della dedotta (Kafala) e la sua equiparabilità al rapporto madre/figlio *de facto*, ossia la cura prestata dal Kafil realizzata con l'assistenza morale e materiale. Ciò avrebbe scriminato l'esistenza del reato ed che avrebbe escluso, nell'interesse della minore, la procedura di adottabilità. Il controllo sulla Kafala avrebbe evitato il sorgere di situazioni incerte e dannose per il Makful, privato delle cure della zia.

## **15. Art. 279 c.c. e la vita familiare non fondata sulla discendenza e senza la costituzione di rapporti di parentela**

La situazione attuale nella materia è lontana dall'essere adeguata e rischia di pregiudicare gli interessi del minore. Anche per il minore affidato in Kafala si pone il problema di individuare la misura di protezione nel caso di rifiuto del Kafil di continuare a garantire la responsabilità genitoriale<sup>88</sup>. Così come il minore dovrà poter agire a tutela dei diritti successori disposti dal Kafil. Ciò al fine di eliminare gli *ostacoli* «*all'esercizio del diritto di azione garantito dall'articolo 24 della Costituzione italiana*», e questo, in rapporto con azioni volte alla tutela dei diritti fondamentali.

Per prevenire o limitare i danni derivanti dalla negata o non adeguata tutela del diritto del bambino alla continuazione transfrontaliera delle relazioni familiari discendenti dalla Kafala si potrebbe ricorrere alla responsabilità dell'art. 279 c.c. ed alle disposizioni successorie.

Si è sostenuto che la soluzione reinterpretativa dell'art. 279 c.c. al fine di renderla esperibile (nella surrogazione di maternità) contro il responsabile di fatto non sia soddisfacente. Ciò in quanto preclusiva "in assoluto dello stato di figlio" ed elusiva della "rilevanza costituzionale della parentela"<sup>89</sup>. La prima obiezione non tiene in conto che l'azione *ex art. 279 c.c.* consente un accertamento incidentale senza efficacia di giudicato. Pertanto, in ragione dell'evoluzione delle circo-

---

<sup>88</sup> Così, RUDEVSKIS, J., *op. cit.*, p. 215.

<sup>89</sup> GORGONI, A., «Il favor per lo stato di figlio tra verità biologica e interesse del minore», *Pers. merc.*, 2022, p. 5, nota 74 e 75.

stanze giuridiche e fattuali, il minore potrebbe *de futuro* acquisire formalmente lo *status filiationis*. Per quanto attiene alla seconda, la sostenuta inadeguatezza del rimedio suggerito muove dal concetto di famiglia che presuppone imprescindibilmente il legame di parentela. Come emerge dalla giurisprudenza esaminata in tema di Kafala, la nozione di famiglia non implica necessariamente un rapporto parentale, fondato sulla realtà biologica o giuridica (adozione). Vi è la relazione con gli "altri familiari" che "non richiede necessariamente l'esistenza di legami di tipo parentale"<sup>90</sup>. Le Corti europee lasciano alla discrezionalità degli Stati la scelta della misura adeguata per la tutela di un legame familiare a seconda dell'intensità del legame da valutarsi caso per caso. L'autorità nazionale non deve prevedere una misura volta necessariamente alla costituzione formale dello stato di figlio ma può anche garantire la continuazione dell'esercizio della responsabilità genitoriale. Vi è la necessità d'offrire una possibilità di riconoscimento di un legame tra il bambino e chi ha esercitato la responsabilità o ha assunto volontariamente la medesima.

A tal proposito la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto sussistente tale riconoscimento senza la costituzione di un legame giuridico di filiazione, ad esempio considerando adeguate le misure dell'affidamento familiare temporaneo del bambino nato da surrogazione e il genitore di fatto<sup>91</sup>, o quelle *ex art. 333 c.c.* volte a preservare il legame di fatto senza la costituzione giuridica del legame genitoriale<sup>92</sup>. Nel primo caso, si è trattato dell'affidamento temporaneo ai genitori d'intenzione non anche biologici di una bambina nata da maternità surrogata<sup>93</sup>. La Corte non ha condannato l'operato delle autorità islandesi che hanno rifiutato il riconoscimento della genitorialità a una coppia di sue cittadine. Le due donne, rientrate in Islanda con il neonato, tre settimane dopo la nascita avevano chiesto la cittadinanza islandese per il minore e il riconoscimento del rapporto di filiazione della coppia. Il bambino, essendo nato da madre

---

<sup>90</sup> Così, Cass. Sez. Un. 16 settembre 2013 n. 21105, cit.

<sup>91</sup> Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Valdís Fjölnisdóttir e altri c. Islanda*, ricorso n. 71552/17, sentenza del 18 maggio 2021.

<sup>92</sup> Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Sophie Anouk Aspisi c. Italia*, ricorso n. 44453/19; decisione del 9 marzo 2023; Corte europea dei diritti umani, *Vittorio Carbonai c. Italia*, ricorso n. 9825/21, decisione del 12 gennaio 2023; Corte europea dei diritti umani, *Valentina Bortolato c. Italia*, ricorso n. 35967/19, decisione del 2 febbraio 2023.

<sup>93</sup> Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Valdís Fjölnisdóttir e altri c. Islanda*, cit.

americana e vigendo in Islanda il divieto di ricorrere alla maternità surrogata, è stato considerato minore non accompagnato e dato in affidamento alle due donne.

Il bambino è cresciuto con le due donne, che nel frattempo avevano entrambe un nuovo legame. Secondo la Corte europea, la sentenza della Corte islandese, avendo riconosciuto l'affidamento del minore alla coppia, ha adottato le misure necessarie "per salvaguardare la vita familiare delle ricorrenti". Per la Corte la misura nazionale deve essere idonea a creare un legame idoneo a tutelare, nell'interesse del bambino, la vita familiare. Tale misura di affidamento ritenuta adeguata al riconoscimento del legame di filiazione di fatto, non attribuisce neanche la genitorialità "sostanziale" come l'art. 279 c.c. Tuttavia, per la Corte europea, lo Stato convenuto ha "agito a sua discrezione in questa materia, con l'obiettivo di proteggere il suo divieto di maternità surrogata".

Non sempre e non necessariamente l'interesse del minore coincide con il riconoscimento del legame con il genitore "d'intenzione". Nel noto caso *Paradiso Campanelli c. Italia*, la Grande camera della Corte di Strasburgo, non ha ritenuto lesiva dell'art. 8 CEDU la irriconoscibilità del rapporto di filiazione del nato da surrogazione di maternità con i genitori d'intenzione<sup>94</sup>.

Diversamente, là dove può configurarsi l'esistenza di un rapporto familiare questo potrebbe trovare tutela nell'azione *ex art. 279 c.c.* Può aversi tale responsabilità per Kafala, sia essa negoziale o giudiziaria qualora si riveli nell'interesse del bambino e con il suo ascolto se utile e non celi fattispecie contrarie all'ordine pubblico<sup>95</sup>. Essa può dare vita ad una relazione costituzionalmente e convenzionalmente rilevante e produttiva di effetti, seppure non del tutto coincidenti con quelli riconducibili agli istituti di diritto di famiglia nazionali. Si è implicitamente fatto ricorso al criterio della cittadinanza del minore in norme di conflitto sullo *status* del bambino in Kafala. Il principio di non discriminazione in senso sostanziale ha reso necessario l'applicazione di istituti diversi per la fattispecie transnazionale e per quella interna. I regimi

---

<sup>94</sup> La Corte E.D.U. (Grande Camera) nella sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* del 24 gennaio 2017, cit.

<sup>95</sup> Si pensi alle ipotesi di Kafala che configurano fattispecie di rilevanza penale quale illecita forma di immigrazione clandestina.

giuridici differenziati sono giustificati dagli elementi fattuali e di diritto iniziali<sup>96</sup>. Il divieto di adozione è attuativo del diritto al rispetto della vita familiare del minore (articolo 8 CEDU) e delle sue “tradizioni culturali”. Ciò non esclude la possibilità, in una visione diacronica, dell’applicazione dell’istituto. Ciò potrà avvenire con il consenso del Makful capace di discernimento dopo l’acquisizione della cittadinanza nel Paese di accoglienza<sup>97</sup>. Le questioni analizzate dalle corti europee mettono in luce le interazioni fra diritto internazionale privato e diritti umani<sup>98</sup>. Anche le norme di conflitto in relazione ai casi di Kafala sono interpretate alla luce della tutela dei diritti fondamentali ed in particolare quelli dei bambini. Diversi sono gli strumenti di protezione applicabili per la tutela dei diritti fondamentali dei minori. L’obiettivo è di individuare principi per un sistema di conflitto coerente con le necessità poste in rilievo dalla Corte europea dei diritti dell’uomo e dalla Corte di giustizia dell’Unione europea.

Il diritto convenzionale risponde solo in parte alle domande relative al riconoscimento dei diversi istituti di Kafala o ai suoi analoghi.

## **16. Nuovi casi di filiazione incerta o sospesa e la disciplina “flessibile e modificabile” per la tutela del concreto interesse del minore**

Qualche mese dopo il Convegno, un altro caso di filiazione incerta e sospesa è venuta alla ribalta della giurisprudenza europea. È il caso *Scalzo c. Italia* deciso dalla Corte di Strasburgo il 6 dicembre 2022 avente ad oggetto il nesso di pregiudizialità dell’azione di disconoscimento della paternità rispetto all’azione per la dichiarazione giudiziale

---

<sup>96</sup> KOUMOUTZIS, N., «The islamic prohibition of adoption as limitation of the right to respect for family life (Article 8 ECHR) - revisiting *ecthr harroudj v france*, no 43631/09, 4 October 2012», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2021, pp. 939-965.

<sup>97</sup> V. MALAURIE, PH., FULCHIRON, H., *Droit de la famille*, Lex tenso, Parigi, 2023, pp. 729 ss.

<sup>98</sup> MARINO, S., «Brevi considerazioni sulle interazioni fra diritto internazionale privato e diritti umani», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015, pp. 112-127.

di paternità e di maternità<sup>99</sup>. La questione era stata portata all'attenzione della Consulta la quale il 4 luglio 2022 n. 177 si era pronunciata sulla questione di illegittimità delle suindicate azioni di stato ritenendola inammissibile. Ancora una volta la Corte costituzionale ha invitato il legislatore ad intervenire per disciplinare le materie delle azioni di stato<sup>100</sup>.

In questa situazione l'art. 279 c.c. e le disposizioni che la richiamano, mediante la lettura sistematica, evolutiva ed assiologica proposta, da rimedio puramente succedaneo, possono rappresentare uno strumento applicabile alle ipotesi di non riconoscibilità o di non dichiarabilità esaminate e garantire a tutti i figli le tutele dall'art. 30, co. 1, Cost. In tal modo, la responsabilità in esame si può applicare ai c.dd. rapporti di familiari incerti o sospesi esaminati. Nel contesto internazionale tracciato si può scegliere tra le misure protettive quella che realizza il miglior interesse del bambino coinvolto, interesse che non si cristallizza al momento della decisione ma che può mutare e richiedere nel tempo il ricorso ad altri strumenti. In un sistema della filiazione che subisce continue metamorfosi a tutela dei diritti inviolabili della persona umana occorre superare le tecniche interpretative basate sulla rigidità delle soluzioni che assimilano esigenze diverse.

L'art. 279 c.c. non indica come responsabile il solo genitore. Essa si applica ad ogni caso di improponibilità delle azioni di stato. È uno strumento flessibile che può applicarsi temporaneamente a tutela di situazioni che in un dato momento non richiedono e non possono avere il riconoscimento formale della genitorialità e della parentalità. Situazioni che potrebbero mutare in futuro e richiedere una diversa misura di protezione.

L'interesse superiore del minore può infatti variare a seconda delle circostanze, dell'ambito e del contesto di riferimento. Interesse, quindi, che gode di una giustiziabilità e azionabilità variabile e che richiede soluzioni eque e modificabili nel tempo.

---

<sup>99</sup> Sul punto, v. CHIAPPETTA, G., «La sentenza della Corte di Strasburgo nel caso Scalzo c. Italia del 6 dicembre 2022 e l'applicabilità degli artt. 279, 580 e 594 c.c. italiano», *lceonline*, 2023, 1, in *lceonline.eu*.

<sup>100</sup> La Consulta afferma "Solo un intervento di sistema, operato dal legislatore, potrebbe garantire tutela ai diritti fondamentali, invocati dalla Corte rimettente, evitando il sacrificio di altri diritti e assicurando una complessiva coerenza alla disciplina delle azioni di stato".

## Bibliografia

BARDARO, L., *La filiazione non riconoscibile tra istanze di tutela e valori giuridici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, pp. 158 ss.;

BIANCA, M., «L'unicità dello stato di figlio», in BIANCA, C. M. (a cura di), *La riforma della filiazione*, Cedam, Padova, 2015, pp. 18 ss.;

BIDAUD-GARON, C., PANET, A., «Les domaines orphelins de l'autonomie de la volonté: quels ersatz?», in FULCHIRON, H., PANET, A., WAUTELET, P., *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruylant, Bruxelles, p. 100;

BUOLENOUAR AZZEMOU, M. «L'enfant mineur dans la législation algérienne», in PERLINGIERI, P., CHIAPPETTA, G. (a cura di), *Questioni di diritto delle famiglie e dei minori*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, pp. 230 ss.;

CHIAPPETTA, G., «Anonimato e procreazione medicalmente assistita», in COMPORTI, M., MONTICELLI, S. (a cura di), *Studi in onore di Ugo Majello*, I, 2005, pp. 383 ss.;

CHIAPPETTA, G., «La sentenza della Corte di Strasburgo nel caso Scalzo c. Italia del 6 dicembre 2022 e l'applicabilità degli artt. 279, 580 e 594 c.c. italiano», *lceonline*, 2023, 1, in *lceonline.eu*.

CHIAPPETTA, G., «Favor veritatis ed attribuzione dello status filiationis», *Actualidad Jurica Ibroamericana*, 2016.

CHIAPPETTA, G., «I rapporti familiari nel dibattito costituzionale e nel pensiero di Fausto Gullo», in AMIRANTE, C., ATRIPALDI, V., *Fausto Gullo fra costituente e governo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997, pp. 47 e ss.;

CHIAPPETTA, G., «La "semplificazione" della crisi familiare: dall'autorità all'autonomia», in PERLINGIERI, P., GIOVA, S. (a cura di), *Comunioni di vita e familiari tra libertà sussidiarietà e inderogabilità. Atti del 13° Convegno nazionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, pp. 435 ss.;

CHIAPPETTA, G., «La filiazione del figlio nato nel matrimonio», in BIANCA, C. M. (a cura di), *La riforma della filiazione*, Cedam, Padova, 2015, pp. 450 ss.;

CHIAPPETTA, G., «Le sentenze della Corte costituzionale n. 32 e n. 33 del 2021 e l'applicabilità dell'art. 279 c.c.», *giustiziainsieme.it*, 2021;

CHIAPPETTA, G., «Tutela del minore e continuazione della responsabilità genitoriale de facto: una connessione da perfezionare», in ID,

*La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, pp. 83 ss.;

CHIAPPETTA, G., *Diritto a conoscere le origini*, in SGRECCIA, E., TARANTINO, A. (direzione di), *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, IX, 2015;

FERRANDO, G., «Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Corte Costituzionale n. 32 e 33 del 2021», *Giustizia Insieme*, 2021;

G. PASCALE, «Ricongiungimento familiare, diritti fondamentali e Kafala islamica nella sentenza SM della Corte di giustizia dell'Unione europea», *Studi sull'integrazione europea*, 2019, pp. 795-808;

GORGONI, A., «Il favor per lo stato di figlio tra verità biologica e interesse del minore», *Pers. merc.*, 2022, p. 5, nota 74 e 75;

KINSCH, P., «Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit national et en droit européen», in FULCHIRON, H., PANET, A., WAUTELLET, P., *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruylant, Bruxelles, p. 28;

Koumoutzis, N., «The islamic prohibition of adoption as limitation of the right to respect for family life (Article 8 ECHR) - revisiting *ecthr harroudj v france*, no 43631/09, 4 October 2012», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2021, pp. 939-965;

LANG, A., «La Kafala come presupposto per il ricongiungimento familiare nell'Unione europea», *rivista.eurojus.it*, 2020, pp. 139 ss.;

LISELLA, G., «I diritti dei figli privi di stato: a proposito di un recente contributo», *Rass. dir. civ.*, 1993, p. 376;

MALAUURIE, PH., FULCHIRON, H., *Droit de la famille*, Lex tenso, Parigi, 2023, pp. 729 ss.

MARINO, S., «Brevi considerazioni sulle interazioni fra diritto internazionale privato e diritti umani», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015, pp. 112-127.

MARZAL YETANO, T., *The constitutionalisation of party in European private international law*, in *Journal of Private International Law*, 2010, p. 191;

P. PASSAGLIA, «La tutela dell'identità del minore nell'ordinamento francese al crocevia tra diritto interno e diritto sovranazionale e tra legislazione e giurisprudenza», in PERLINGIERI, P., CHIAPPETTA, G. (a cura di), *Questioni di diritto delle famiglie e dei minori*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, p. 321 e nota 79.

PALAZZO, A., *La filiazione fuori del matrimonio*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 355;

PERLINGIERI, P., «Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico», *Dir. succ. fam.*, 2017, pp. 165 ss.;

PINELLI, A. M., «La Corte costituzionale interviene sui diritti del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. Brevi note a Corte cost. 9 marzo 2021 n. 33», *Giustizia Insieme*, 2021;

RUDEVSKIS, J., «Droit de la famille et des mineurs dans les systèmes juridiques contemporains: droit islamique», in PERLINGIERI, P., CHIAPPETTA, G. (a cura di), *Questioni di diritto delle famiglie e dei minori*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, p. 215;

RUSCELLO, F., *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, in *Comm. cc. Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 278 ss.;

SCIA, F., «Responsabilità civile e doveri genitoriali: le persistenti problematiche dell'art. 709-ter c.p.c.», *Pers. Merc.*, 2020, pp. 414 ss.;

STEFANELLI, S., «Attribuzione di status e diritti del figlio non riconosciuto nell'ordinamento italiano», in *Diritto e giustizia* (Annuario giuridico dell'Università di Perugia), 2013, p. 375;

TROIANO, S., «Diritto allo stato e figli "senza stato", ovvero i figli non riconoscibili dopo la riforma della filiazione», *iuscivile.it*, 2015, p. 229.



# Testamento blockchainizado, bienes digitales extrapatrimoniales y herencia de activos digitales (NFT y criptomonedas)

*Cristina Argelich Comelles*

**RESUMEN:** Este trabajo propone la adaptación del tratamiento legal de la sucesión testamentaria mediante tecnología *blockchain*. Asimismo, el trabajo examina la sucesión en los activos digitales patrimoniales, a la luz del *soft law* del ELI y UNIDROIT y el «testamento digital» como modo testamentario a los herederos para los bienes digitales extrapatrimoniales.

**ABSTRACT:** Il presente studio propone di adattare il trattamento giuridico della successione testamentaria utilizzando la tecnologia blockchain. Inoltre, lo studio esamina la successione dei patrimoni digitali nella soft law di ELI e UNIDROIT e il “testamento digitale” come modalità testamentaria per i beni digitali.

**SUMARIO:** 1. Consideraciones iniciales. – 2. Automatización de la sucesión testamentaria mediante la tecnología *blockchain* en España e Italia y adaptación de su tratamiento legal: especial referencia a la inoficiosidad de las donaciones. – 3. Hacia un Derecho de sucesiones de activos digitales bajo las propuestas de *soft law* del ELI y UNIDROIT: sucesión en los activos digitales patrimoniales y cláusula de «testamento digital» para los bienes digitales extrapatrimoniales. – 3.1. La «herencia digital» o la sucesión en los activos digitales patrimoniales. – 3.2. Cláusula de «testamento digital» como modo testamentario a los herederos sobre los bienes digitales extrapatrimoniales.

## 1. Consideraciones iniciales

El presente trabajo abordará el tratamiento legal comparado de aquellas instituciones automatizables mediante la tecnología *blockchain* tras la apertura de la sucesión testamentaria con el fallecimiento del causante, previa programación de las diversas instituciones que carezcan de elementos de apreciación subjetiva, con especial atención a la regulación española, italiana, así como la adaptación del *soft law* sobre activos digitales al Derecho de sucesiones.

El hecho jurídico que activa la programación del testamento es el fallecimiento del causante, pues produce la apertura de la sucesión. Este hecho jurídico se califica en programación de «evento» externo al testamento, pero codificado en la *blockchain* donde se contenga. En consecuencia, la vocación y la delación hereditarias se activarán con el fallecimiento del causante mientras que, para la sucesión y la autoejecución de las cláusulas testamentarias, se requiere la aceptación pura y simple del heredero, o la repudiación para la detención de la programación del testamento, en los términos que analizaremos.

## 2. Automatización de la sucesión testamentaria mediante la tecnología *blockchain* en España e Italia y adaptación de su tratamiento legal: especial referencia a la inoficiosidad de las donaciones

Tras estas consideraciones iniciales, es necesario precisar algunas cuestiones sobre la automatización de la aceptación y repudiación de la herencia. Por una parte, la aceptación tácita requerirá de un hecho posterior que active la programación, como la comprobación externa de dicha aceptación. Por otra parte, la aceptación a beneficio de inventario, por la liquidación de la herencia en la que se limita la responsabilidad del heredero y por la imposibilidad material de detener la autoejecución, entendemos que no será automatizable; tanto la liquidación como el régimen de responsabilidad limitado del heredero requieren una apreciación subjetiva no programable. En cuanto a la repudiación de la herencia, por su necesaria formalización

en escritura pública, será su otorgamiento el «evento» informático externo que detendrá la programación del testamento sin posibilidad de reanudarlo. Finalmente, como los legados solamente pueden repudiarse, el llamado lo tendrá que manifestar forma expresa para detener la programación del legado en el testamento.

Por lo que se refiere a la partición de la herencia, la tecnología *blockchain* permite el cálculo automático de la porción hereditaria individual que corresponda a cada heredero o legatario, garantizando la inmutabilidad del testamento. Con carácter previo, debemos indicar que, para el control de la responsabilidad del heredero o del albacea en la partición de la herencia, será necesaria la impugnación judicial del testamento mediante la acción de petición de herencia, por tratarse de una responsabilidad cuyo control no es programable. Esta acción, aunque carece de regulación expresa en España, se encuentra prevista en el art. 533 del *Codice Civile* y en el art. 465-1 CCCat.

La primera cuestión que conviene analizar, con carácter previo a la automatización de las diversas instituciones sucesorias, es la relativa a la sucesión forzosa. En este sentido, la preterición de un heredero forzoso, de conformidad con el art. 814 CC y el art. 735 del *Codice Civile*, no perjudica a su legítima, en tanto en cuanto, como no ha sido desheredado en el testamento, recibirá lo que por legítima le corresponda<sup>1</sup>. No obstante, como reflexión sobre la preterición voluntaria, podemos indicar que la existencia de la legítima impide la observancia completa de la libertad de testar. Para este supuesto, se reserva la desheredación y sus causas, debiendo precisar que el Tribunal Supremo ha indicado recientemente que la ausencia de relación familiar no es causa de desheredación<sup>2</sup>. La tecnología *blockchain* aplicada en este ámbito permite que, ante la preterición de un heredero forzoso, y con el cruce automático de datos mediante esta tecnología en el Registro Civil, se produzca automáticamente la

---

<sup>1</sup> RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Artículo 814. Preterición de un heredero forzoso», en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, F. J., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (dirs.), *Código civil comentado*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 836-849; PRADELLA, A., «Articolo 735», en RESCIGNO, P. (dir.), *Codice Civile*, Tomo I (Artt. 1-1702), Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2022, pp. 1371-1373.

<sup>2</sup> Así se contiene en el reciente pronunciamiento del Tribunal Supremo. Véase la STS de 24 de mayo de 2022, JUR 2022\194665.

delación al heredero forzoso preterido para la aceptación o repudiación de la herencia que por legítima le corresponda.

Por lo que respecta a la inoficiosidad, en primer lugar, realizaremos algunas precisiones sobre la naturaleza jurídica de la donación para, posteriormente, resolver los problemas que plantea la automatización en *blockchain* de la reducción de las donaciones y legados inoficiosos, por excesivos, en atención a su afectación a la legítima, según los arts. 636, 654 y 817 CC así como el art. 556 del *Codice Civile*. En primer lugar, es necesario explicar que la tecnología *blockchain* es aplicable a un contrato, para la automatización de sus prestaciones, o a un objeto, para su control remoto mediante la Tokenización de bienes, pero nunca a un modo de adquirir la propiedad, como puede observarse claramente en la adquisición originaria de la propiedad<sup>3</sup>; por ejemplo, en la ocupación, la Tokenización de bienes se produce tras la adquisición del bien vacante, para la monitorización de la posesión inmediata y el control remoto de la propiedad, pues con anterioridad no es materialmente posible. Por lo que respecta a la naturaleza jurídica de la donación, y teniendo en cuenta lo expuesto sobre la aplicación de la tecnología *blockchain* en este ámbito, debemos indicar que, a pesar de su ubicación sistemática en el art. 609 CC como modo de adquirir la propiedad, se trata de un negocio jurídico contractual, en atención a la aceptación del donatario y la sujeción a las disposiciones contractuales *ex art.* 621 CC, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina civilista española mayoritaria<sup>4</sup>. Algunos Derechos civiles autonómicos, por razones de

<sup>3</sup> ARGELICH COMELLES, C., «Hacia una *smart property* inmobiliaria: Tokenización, *Internet of Things* y blockchainización registral», *Dereito*, 2021, pp. 1-20.

<sup>4</sup> Véase, por todas, la STS de 31 de mayo de 1982, RJ 1982\2614. CASTAÑOS CASTRO, P., *La donación obligacional*, Madrid, Reus, 2021, pp. 13-264. NORIEGA RODRÍGUEZ, L., *El contrato de donación*, J. M. Bosch, Madrid, 2020, pp. 15-103; RIBAS ALBA, J. M., *De la donación al contrato*, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 13-205; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Artículos 654 a 656: de la revocación y reducción de las donaciones», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 766-770; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Artículos 641 a 643: de los efectos y limitación de las donaciones (II)», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.), *op. cit.*, pp. 751-754; ID, «Artículos 634 a 636: de los efectos y limitación de las donaciones», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.), *op. cit.*, pp. 745-746; PARRA LUCÁN, M. A., «La donación», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (dir.), *Curso de Derecho civil, Derecho de obligaciones*, Edisofer, Madrid, 2020, pp. 81-106. PLAZA PENADÉS, J., «La donación remuneratoria», en EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M. C. (dirs.), *Tratado de las Liberalidades: homenaje al Profesor Enrique Rubio Torrano*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 733-751; NÚÑEZ IGLESIAS, A.,

estrategia competencial, también ubican sistemáticamente la donación como un modo de adquirir la propiedad; ello se observa en la regulación de la donación en Cataluña –en los arts. 531-7 a 531-29 CCCat–, en concreto, sobre la capacidad, objeto, forma, saneamiento y revocación. A pesar de que su regulación versa claramente sobre elementos y remedios contractuales, en el momento de su aprobación –en el año 2006– era inviable su regulación contractual y la superación del control de constitucionalidad.

En suma, «el nombre no hace la cosa» –como se diría en catalán– y, en este caso, *res ipsa loquitur*: la ubicación sistemática no determina la naturaleza jurídica de la donación, que es contractual según la doctrina y jurisprudencia referidas. Complementariamente, podemos indicar que el art. 769 del *Codice Civile* ubica sistemáticamente la donación en el Título relativo a las sucesiones, y la califica de contrato gratuito y acto de disposición patrimonial, por lo que no cabe duda de su naturaleza contractual<sup>5</sup>. Además, su calificación como contrato traslativo del dominio o modo de adquirir la propiedad no afecta a su tratamiento legal contractual. Igualmente, dicho tratamiento legal no diverge en el entorno material ni en el digital, pues todos los remedios privados frente al incumplimiento revisten carácter contractual<sup>6</sup>, en la

---

«La donación de inmueble encubierta como compraventa», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1991, pp. 1811-1856; RODRÍGUEZ MORATA, F. A., «Donación y retracto legal», en EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M. C. (dirs.), *op. cit.*, pp. 621-668; TUR FAÚNDEZ, M. N., «La donación moral u onerosa», en EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M. C. (dirs.), *op. cit.*, pp. 707-732; NIETO ALONSO, A., «La donación con reserva de la facultad de disponer», en EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M. C. (dirs.), *op. cit.*, pp. 909-953; NANCLARES VALLE, J., «Donación», en VALPUESTA GASTAMINZA, E. M. (dir.), *Unificación del derecho patrimonial europeo: marco común de referencia y Derecho español*, Madrid, J. M. Bosch Editor, 2011, pp. 409-424; DURAN RIVACOBA, R., «La donación de bienes futuros», en EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M. C. (dirs.), *op. cit.*, pp. 981-997; ANDERSON, M., «De la donación», en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 534-543; LUNQUIN BERGARECHE, R., «Donación mortis causa», en EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M. C. (dirs.), *op. cit.*, pp. 1305-1320; ALBALADEJO GARCÍA, M., «La donación remuneratoria y los preceptos de la donación ordinaria que le son o no aplicables», *Revista de Derecho Privado*, 2002, pp. 3-46.

<sup>5</sup> Así se contiene en la doctrina mayoritaria. Atiéndase en profundidad DEL PRATO, E., *Donazioni*, Zanichelli editore, Bologna, 2019, pp. 1-58; MONOSI, S., «Articolo 769», en RESCIGNO, P. (dir.), *op. cit.*, pp. 1428-1432.

<sup>6</sup> En este sentido, el Tribunal Supremo ha indicado en reiterada doctrina jurisprudencial que la donación, a pesar de su regulación como modo de adquirir la

línea del § 516 BGB, que regula la donación como *Genuß-Vertrag* o contrato de uso y disfrute. Lo mismo sucede respecto de los *smart contract*, tras un debate estéril sobre su naturaleza informática o contractual, que entendemos superado porque los remedios aplicables son contractuales<sup>7</sup>. Considerar la donación como un modo de adquirir la propiedad del art. 609 CC únicamente, prescindiendo de su consideración como contrato traslativo del dominio según nuestro sistema declarativo de transmisión de la propiedad, impediría que en el testamento blockchainizado se pudiese incorporar la donación previamente autoejecutada en *blockchain*, en aras de arbitrar de manera exacta su eventual reducción por inoficiosa. En consecuencia, la inoficiosidad como institución sucesoria operará, mediante la tecnología *blockchain*, permitiendo la reducción de las donaciones y su ineficacia total o parcial, así como los legados excesivos, cuando afecten a la legítima. Ello se producirá informáticamente en un sentido análogo a la revocación o la reversión de la donación. Expresamos claramente que ni de la inoficiosidad como institución sucesoria, ni de la revocación o reversión, cabe deducir de sus consecuencias posesorias otra naturaleza jurídica para la donación.

Tras el examen de la inoficiosidad de las donaciones y los legados, podemos afirmar que la tecnología *blockchain*, por su utilización en materia de criptomonedas y en la automatización de los métodos de pago en las plataformas de comercio electrónico –incluyendo el cálculo automático de la compraventa de divisas y la devolución total o parcial del pago efectuado previamente–, permite su automatización respecto de los legados excesivos, por su programación en el testamento. No obstante, sin la aplicación de esta tecnología a los contratos de donación formalizados con anterioridad al fallecimiento del causante, o su aplicación posterior con mención expresa de las claves de acceso a la plataforma *blockchain* en el testamento, no es posible que el código informático pueda calcular automáticamente la reducción de las donaciones inoficiosas.

---

propiedad, debe tener la consideración y el tratamiento de un contrato.

<sup>7</sup> ARGELICH COMELLES, C., «*Smart contracts* o *Code is Law*: soluciones legales para la robotización contractual», *InDret*, 2020, pp. 7-10.

### 3. Hacia un Derecho de sucesiones de activos digitales bajo las propuestas de *soft law* del ELI y UNIDROIT: sucesión en los activos digitales patrimoniales y cláusula de «testamento digital» para los bienes digitales extrapatrimoniales

Todavía no existe una regulación europea o *hard law* sobre activos digitales; por ello, es oportuno analizar los proyectos y guías de *soft law* desarrollados por el *European Law Institute* –en adelante, ELI– y el *International Institute for the Unification of Private Law* –en adelante, UNIDROIT–, en aras de proponer las oportunas adaptaciones en materia sucesoria. Por una parte, es necesario mencionar que en UNIDROIT han desarrollado como parte del programa de trabajo trienal 2020-2022, el proyecto *Digital Assets and Private Law*. Su resultado final es el borrador o *Draft UNIDROIT Principles on Digital Assets and Private Law* o DAPL, como *model rules* de Derecho uniforme. Es importante mencionar que el concepto de activo digital que plantea UNIDROIT es más amplio que el del ELI, pues indica expresamente que cualquier archivo, alojado en una plataforma, al que se acceda con una contraseña, puede llegar a ser –“could be”, expresa– un activo digital, sin exigir su carácter patrimonial, aunque reconoce que este *soft law* no tiene “*material impact*” para estos activos. Sin embargo, la guía del ELI exige más acuradamente el carácter patrimonial del activo digital para ser considerado como tal, algo clave en la sucesión; los activos digitales patrimoniales son parte de la herencia, mientras que los bienes digitales, por su carácter extrapatrimonial, solo son susceptibles de instituirse como modo testamentario de “testamento digital”.

Por otra parte, encontramos los *ELI Principles on the Use of Digital Assets as Security*<sup>8</sup>, como guía extractada del *soft law* y la jurisprudencia sobre activos digitales. Pretenden ofrecer un tratamiento legal completo para la creación de garantías reales sobre activos digitales, comprendiendo su eficacia frente a terceros, junto con su ejecución y

---

<sup>8</sup> EUROPEAN LAW INSTITUTE, *The ELI Principles on the Use of Digital Assets as Security*, 2022, disponible en: [https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/ELI\\_Principles\\_on\\_the\\_Use\\_of\\_Digital\\_Assets\\_as\\_Security.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_on_the_Use_of_Digital_Assets_as_Security.pdf).

extinción. La *enforcement* al margen de la jurisdicción es la principal ventaja que plantea la aplicación de la tecnología *blockchain* a los activos digitales, al igual que sucede con los remedios frente al incumplimiento en los *smart contracts*. En esta guía, se indica que se entenderá por activo digital cualquier registro o representación de valor que cumpla con los siguientes criterios: que se almacene, exhiba y administre exclusivamente de forma electrónica, en una plataforma o base de datos o a través de estas, aunque se trate de un registro o representación de un activo real, prescindiendo de la posesión inmediata del activo digital a través de una cuenta con un intermediario; que pueda ser objeto de control, así como del ejercicio de actos de administración, referidos al uso o disfrute, con independencia del régimen de tenencia; y que pueda ser objeto de transmisión, lo que incluye los actos *inter vivos* y *mortis causa*, que requieren de activos de carácter patrimonial.

Con carácter previo al examen del *soft law* en materia de activos digitales, debemos indicar que no se pueden deteriorar, para apreciar la pérdida o destrucción de la cosa, sino que solamente se pueden desprogramar de la plataforma *blockchain* donde se almacenen. Ello tiene una incidencia directa en el uso de estos activos digitales como garantía de una obligación, en la línea de los Principios del ELI sobre activos digitales, así como en la extinción de las obligaciones por pérdida o destrucción de la cosa, de conformidad con el art. 1156 CC. Es más, la existencia de los activos digitales patrimoniales no está vinculada a su existencia en una concreta plataforma *blockchain*, pues cabe la transmisión de carteras de activos digitales entre empresas, sino a la cadena de bloques en la que se almacenan sus metadatos y a que no se produzca un «hackeo». En consecuencia, tras su desprogramación, se eliminan estos activos de la plataforma, cuya constancia previa quedará registrada por la inmutabilidad del registro distribuido.

En relación con la sucesión en los activos digitales de este trabajo, debemos indicar diversas adaptaciones respecto del contenido de los *ELI Principles on the Use of Digital Assets as Security*. En cuanto al uso de un activo digital como garantía de una obligación, de conformidad con los Principios 3 y 4, se atenderá a las cláusulas del acuerdo entre el *security provider* o proveedor de la garantía –en última instancia referido a la plataforma en línea donde se encuentre almacenado el activo digital– y el acreedor, que deberán observar las disposiciones



sobre la creación de garantías y su efectividad frente a terceros. En este sentido, habría sido conveniente la incorporación de una propuesta de regulación acerca del acceso a los activos digitales tras el fallecimiento, y los límites en su gestión por parte del proveedor de la plataforma con anterioridad a la aceptación de la herencia.

Por lo que se refiere al Derecho internacional privado, es necesaria la observancia de la regulación vigente en el momento de celebración del contrato. En este sentido, la ley aplicable será la del Estado donde radique el domicilio del proveedor de la garantía en el momento de su creación, salvo dos excepciones: que el activo digital esté claramente vinculado a una jurisdicción en concreto; o que se conecte a un activo real que determine la ley aplicable. Obsérvese que, en materia sucesoria y en un sentido diverso respecto de estos Principios, el Reglamento 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo<sup>9</sup> determina que la ley aplicable a la sucesión será la del Estado de la residencia habitual del causante<sup>10</sup>, y prevé la posibilidad de que el testador determine en el testamento la ley aplicable a la sucesión, como manifestación de la libertad de testar<sup>11</sup>.

Para concluir, establece que los ordenamientos jurídicos que dispongan de un Registro de activos digitales, que dé publicidad de las garantías reales sobre activos intangibles mediante su inscripción, cumplirán debidamente con la oponibilidad frente a terceros. Por el contrario, en los Estados cuyos ordenamientos no dispongan de este Registro público, la eficacia de la garantía real se materializará cuando

---

<sup>9</sup> BOE de 27 de julio de 2012.

<sup>10</sup> A fondo, sobre esta cuestión, véase CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2016, pp. 47-75.

<sup>11</sup> Sobre esta cuestión y su vinculación con el Reglamento europeo de sucesiones y la *professio iuris*, atiéndase el profundo trabajo de FONTANELLAS MORELL, J. M., «Libertad de testar y libertad de elegir la ley aplicable a la sucesión», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, pp. 376-408. En cuanto a los problemas de la remisión del Reglamento europeo de sucesiones a un sistema plurilegislativo, como el español, nos remitimos al análisis de los problemas casuísticos detectados por ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «El Reglamento 650/2012, sobre sucesiones, y la remisión a un sistema plurilegislativo: algunos casos difíciles o, simplemente, llamativos», *Revista de Derecho Civil*, 2015, pp. 7-28.

el acreedor haya obtenido el control efectivo del activo digital, para evitar que el proveedor de la plataforma pueda desprogramar el activo digital autónomamente. Los activos digitales, en efecto, solo se pueden desprogramar por parte del proveedor de la plataforma donde se alojan, algo que tiene una gran importancia en la sucesión en los activos digitales. En materia sucesoria, en aquellos Estados que no dispongan de un Registro de activos digitales, para cuya automatización se utilice la tecnología *blockchain*, será de gran importancia la aceptación de la herencia lo antes posible, para evitar que, de los términos y condiciones de uso de la plataforma, el proveedor esté habilitado a la eliminación autónoma del activo digital antes de su transmisión *mortis causa*.

### 3.1. La «herencia digital» o la sucesión en los activos digitales patrimoniales

Por lo que respecta a la sucesión en los activos digitales patrimoniales, debemos indicar que dicha «herencia digital» se refiere a los criptoactivos, como activos digitales cuyo origen se encuentra en la criptografía, es decir, en la encriptación de los datos de identificación. Este criptoactivo está programado mediante tecnología *blockchain*, es único en sí mismo –esto es, que no se vincula a un activo real y *off-chain*–, y su valor es de mercado y, por tanto, se encuentra sujeto a fluctuaciones. Existen más de 10.000 criptoactivos diferentes, de los que destacan las criptomonedas –tras la irrupción del Bitcoin en 2009– y los NFTs, como activos digitales alojados en las plataformas *blockchain* del Metaverso.

En cuanto a la naturaleza jurídica de los criptoactivos, los NFTs y las criptomonedas son un activo digital patrimonial y, por tanto, transmisible por actos *inter vivos* y *mortis causa*. Los NFTs se encuentran almacenados en una plataforma *blockchain* del Metaverso, y las criptomonedas en una plataforma de criptoactivos, cuya programación y funcionamiento utiliza esta tecnología. Por tanto, la existencia de las criptomonedas es, en todo, *on-chain*, mientras que los NFTs existen *on-chain*, respecto de los metadatos que identifican al

criptoactivo, y *on-line*, en cuanto a la representación gráfica en la plataforma del Metaverso. Los NFTs no se identifican con un activo real, a diferencia de las Tokenización de bienes, que implica la existencia de un activo *on-chain* y un bien *off-chain*. En otras palabras, la representación gráfica y los metadatos del NFT serían, a modo de ejemplo divulgativo, como si en el entorno material nos refiriéramos a cualquier objeto y su código de barras, respectivamente. El código de barras permite la identificación del bien, con la salvedad de que, a diferencia de los metadatos y del uso de la tecnología *blockchain* en los NFTs, este código no impide su plagio ni su robo, una sustracción que en el entorno digital se realizará mediante un «hackeo». Lo único que es posible trasladar a la realidad material en materia de activos digitales es el almacenamiento de una copia de su representación gráfica, como archivo, no como activo. Por lo que respecta a las criptomonedas, será posible su uso remoto en la realidad material mediante los *cryptowallets*, a modo de cartera virtual de criptomonedas; las criptomonedas sirven como método de pago en diversas plataformas en línea, e incluso cabe canjear su saldo disponible en métodos de pago como *PayPal*, en este caso respecto de la criptomoneda Bitcoin. Los activos digitales no se pueden deteriorar ni perder; solo es posible desprogramarlos para hablar de pérdida o destrucción de la cosa. Ni siquiera cabe hablar de pérdida del activo digital por el olvido de las claves de acceso, pues la plataforma tendrá alojados los datos y, mediante los procedimientos que establezca, será posible recuperar las claves de acceso o, tras la sucesión, facilitar a los herederos el acceso a la cuenta privada del causante y sus claves si no se contienen expresamente en el testamento.

Una vez analizada la naturaleza jurídica de los NFTs y las criptomonedas, es momento de analizar el tratamiento legal de la sucesión en estos activos digitales patrimoniales. Por ello, primero abordaremos algunas consideraciones en materia de transmisión de la propiedad para, posteriormente, adaptar el tratamiento legal para la sucesión en estos activos. La adquisición derivativa de la propiedad de un activo digital por un acto *inter vivos*, por tratarse de un activo en sí mismo, se produce de la siguiente manera: los metadatos alojados en la *blockchain*, que contienen la programación del activo, siguen a su representación gráfica, recuérdese el ejemplo divulgativo anterior sobre un objeto y su código de barras. Por tanto, se transmite el activo digital en su conjunto, sin que quepa hablar de que la transmisión de

un activo *on-chain* produce la tradición de un activo *off-chain*, pues ello solo es predicable respecto de la Tokenización de bienes, mediante tokens fungibles. Por supuesto, no es posible cuestionar la propiedad de un activo digital por la existencia de derechos reales limitados sobre el mismo tras la sucesión. Por tanto, es posible que exista la nuda propiedad de los herederos sobre un activo digital, reservándose la facultad de disposición en cuanto a su enajenación, y que el cónyuge viudo sea usufructuario de este activo digital, pudiendo realizar el resto de los actos de administración y disposición que no impliquen su enajenación, incluyendo la percepción de ganancias si cotizan, como en las criptomonedas.

Para la sucesión en los activos digitales patrimoniales, es necesario que en el testamento blockchainizado consten expresamente tanto las claves públicas de la *blockchain* donde se encuentren, como la cuenta privada del causante y sus claves de acceso. A modo de ejemplo divulgativo, las claves públicas equivaldrían a la identificación de una entidad financiera, mientras que las claves privadas se identificarían con una cuenta bancaria concreta y su acceso, es decir, las contraseñas o las claves de acceso a la aplicación de autorización bancaria, un sistema que ha sustituido la anterior tarjeta de coordenadas. En el ámbito de los activos digitales patrimoniales, como en el ámbito de los bienes digitales extrapatrimoniales, también es inviable la calificación de la cláusula testamentaria de acceso a los activos digitales como *legado de contraseña*; como ha sido indicado doctrinalmente respecto de los bienes digitales<sup>12</sup>, es suficiente su constancia en el testamento para su acceso, ya que las claves no son bienes en sentido estricto, sino un medio de acceso al mismo, en virtud de un acto regulador de los intereses *post mortem* de carácter extrapatrimonial.

---

<sup>12</sup> Así se desprende de BARBA, V., «Interessi *post mortem* tra testamento e altri atti di ultima volontà», *Riv. dir. civ.*, 2017, pp. 319-349, y lo recoge para calificar las claves de acceso en la sucesión NARDI, S., «La successione nel patrimonio digitale», en CASSANO, G., PREVITI, S., *Il Diritto di Internet nell'era digitale*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, p. 163.

### 3.2. Cláusula de «testamento digital» como modo testamentario a los herederos sobre los bienes digitales extrapatrimoniales

No podemos hablar de la sucesión en los contenidos extrapatrimoniales gestionados por las plataformas en línea; por el contrario, nos referiremos a la ordenación *post mortem* a los herederos del causante de la gestión de estos contenidos como modo testamentario, mediante la cláusula testamentaria conocida como «testamento digital». Esta cláusula testamentaria permite atender la protección *post mortem* de los datos personales e identidad del causante en las plataformas en línea, y, por ello, abordaremos su tratamiento legal en España e Italia.

Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la cláusula testamentaria de «testamento digital», debemos indicar que se trata de un modo testamentario a los herederos para la gestión *post mortem* de los datos personales e identidad del causante en las plataformas en línea, incluyendo una eventual representación gráfica mediante avatares. Un avatar, aunque se trate de la representación gráfica del usuario en una plataforma *blockchain* del Metaverso, por su contenido extrapatrimonial, solo será susceptible de ser ordenado *mortis causa* mediante esta cláusula testamentaria. El art. 741 CC admite la posibilidad de otorgar testamento sin contenido patrimonial, lo que da cobertura a un «modo testamentario digital» para la gestión de los bienes digitales<sup>13</sup>. En la actualidad, con las implicaciones jurídicas intrínsecas a la era digital en la que nos encontramos, la falta de ordenación de la gestión de estos contenidos en el testamento aboca a los herederos a una suerte de indisponibilidad; en este caso, los términos y condiciones de uso de la plataforma donde se alojen estos datos determinan su gestión, también *post mortem*. En consecuencia, la

---

<sup>13</sup> SANTOS MORÓN, M. J., «La denominada «herencia digital»: ¿necesidad de regulación? Estudio de Derecho español y comparado», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, p. 426, argumenta con acierto lo siguiente: «no hay obstáculo para que en tal negocio «*mortis causa*», además de realizarse la distribución del patrimonio del causante, se regule el destino de bienes, en este caso «digitales», que carecen de contenido patrimonial (y ello con independencia de que pueda considerarse necesario incluir en otro documento una lista actualizada de cuentas y claves de acceso) ».

cláusula testamentaria de «testamento digital» permite que los herederos puedan proteger adecuadamente la privacidad e identidad del causante, y garantizar que la plataforma atienda los supuestos de pérdida de identidad o su robo *post mortem*<sup>14</sup>, un fenómeno que sucede especialmente respecto de los menores que fallecen sin testar ni poder ordenar sus contenidos digitales<sup>15</sup>.

El tratamiento legal del «testamento digital» no puede abordarse mediante el estudio de la normativa europea al respecto por dos razones: por una parte, el Reglamento General de Protección de Datos<sup>16</sup> –en adelante, RGPD– es inaplicable a los datos personales de las personas fallecidas; y el Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea<sup>17</sup> –o *P2B Regulation*– no aborda un régimen de responsabilidad objetiva de las plataformas en línea. Todo ello incide directamente sobre los datos de las personas fallecidas cuya ordenación *mortis causa* no se contenga en el testamento, lo que evidencia la necesidad de su previsión testamentaria.

Por lo que se refiere a la regulación en España de la cláusula testamentaria de «testamento digital<sup>18</sup>», se encuentra en el art. 96 de la

---

<sup>14</sup> Lo advierte para la sucesión intestada y la falta de disposición de los activos digitales MCCARTHY, L., «Digital Assets and Intestacy», *BUJ Science Technology Law Journal*, 2015, pp. 383-384.

<sup>15</sup> BANTA, N. M., «Minors and Digital Asset Succession», *Iowa Law Review*, 2019, pp. 1700-1746.

<sup>16</sup> Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE. DOUE de 4 de mayo de 2016.

<sup>17</sup> DOUE de 11 de julio de 2019.

<sup>18</sup> Para un análisis en profundidad de este instrumento y de su regulación en el Derecho comparado europeo y norteamericano, atiéndase SANTOS MORÓN, M. J., *op. cit.*, pp. 413-438. Para un análisis crítico de su disposición en España y en la regulación catalana, véanse MORALEJO IMBERNÓN, N., «El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales», *Anuario de Derecho Civil*, LXXIII, I, 2020, pp. 241-281, RUDA GONZÁLEZ, A., «Vida más allá de la muerte (digital). La protección de las voluntades digitales en la reforma del Derecho civil catalán», en ANGLÈS JUANPERE, B., BALCELLS PADULLÉS, J. (coords.), *Managing Risk in the Digital Society. Actas del 13º Congreso Internacional Internet, Derecho y Política*, Huygens, Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 2017, pp. 226-239, y OTERO CRESPO, M., «La sucesión en los «bienes digitales». La respuesta plurilegislativa española», *Revista de Derecho Civil*, 2019, pp. 89-133.

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales<sup>19</sup>. Esta regulación constituye la positivización del acceso a contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas, ordenada por el causante como modo testamentario a su herederos o albacea, y cuyo contenido es extrapatrimonial. A efectos sucesorios, este precepto dispone que el heredero –junto con las «personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho»– pueden exigir a los prestadores de servicios de la sociedad de la información el acceso a los contenidos vertidos por el causante e impartirles «instrucciones», de conformidad con lo dispuesto por el causante. Estas «instrucciones» son un modo testamentario *ex art. 797 CC*, que presume dicha calificación y no la de condición testamentaria, por su eficacia suspensiva.

En Italia, se aprobó la adaptación del Derecho interno al Reglamento General de Protección de Datos<sup>20</sup>. En el art. 2-*terdecies* se regulan los derechos en materia de protección de datos para las personas fallecidas<sup>21</sup>, mediante una adaptación interna de los arts. 15-17 RGPD –sobre el derecho de acceso del interesado, el derecho de rectificación y el derecho al olvido–, pues recordamos que esta norma europea no es aplicable a los datos personales de las personas fallecidas. En este sentido, el legislador italiano dispone que los derechos relativos a la protección de datos que le corresponda ejercer a su titular también podrán ser ejercidos por quienes tengan un interés legítimo, quienes actúen para proteger al interesado o por razones familiares de protección, salvo prohibición legal o del responsable del tratamiento de datos; en un sentido análogo, el art. 3 de la Ley Orgánica 3/2018 dispone el acceso a los herederos del causante para el tratamiento *post mortem* de sus datos de carácter personal. El interesado puede autorizar al responsable de la plataforma el

---

<sup>19</sup> BOE de 6 de diciembre de 2018.

<sup>20</sup> «Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)». Gazzetta Ufficiale de 10 de agosto de 2018.

<sup>21</sup> Véase el comentario a este precepto de RESTA, G., «Art. 2-*terdecies*. Diritti riguardanti le persone decedute», en D'ORAZIO, R., FINOCCHIARO, G., POLLICINO, O., RESTA, G. (dirs.), *Codice della Privacy e Data Protection*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2021, pp. 1115-1124.

tratamiento de sus datos, así como revocar dicho consentimiento. Esta prohibición no puede producir efectos perjudiciales para el ejercicio de derechos por parte de terceros sobre la herencia del interesado, así como tampoco puede alterar el derecho a la tutela judicial efectiva. Finalmente, es necesario advertir que, tras la Sentencia del *Bundesgerichtshof* o Tribunal Federal de Justicia de Alemania de 12 de julio de 2018<sup>22</sup>, donde se analizaban estas cuestiones en ausencia de una regulación análoga a la expuesta en el BGB, la doctrina italiana ha criticado que el precepto examinado no aborde, respecto del contenido extrapatrimonial, la solución a las controversias entre los herederos, los proveedores de las plataformas en línea y las afectaciones a terceros para la protección de los intereses del causante, haciendo necesaria su atención al caso concreto<sup>23</sup>.

## Bibliografía

ALBALADEJO GARCÍA, M., «La donación remuneratoria y los preceptos de la donación ordinaria que le son o no aplicables», *Revista de Derecho Privado*, 2002, pp. 3-46.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «El Reglamento 650/2012, sobre sucesiones, y la remisión a un sistema plurilegislativo: algunos casos difíciles o, simplemente, llamativos», *Revista de Derecho Civil*, 2015, pp. 7-28.

ANDERSON, M., «De la donación», en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018.

ARGELICH COMELLES, C., «Hacia una *smart property* inmobiliaria: Tokenización, *Internet of Things* y blockchainización registral», *Dereito*, 2021, pp. 81-100.

ARGELICH COMELLES, C., «*Smart contracts* o *Code is Law*: soluciones legales para la robotización contractual», *InDret*, , 2020.

---

<sup>22</sup> ECLI:DE:BGH:2018:120718UIIIZR183.17.0.

<sup>23</sup> Así lo advierten en su riguroso estudio desde el Derecho comparado europeo PATTI, F. P., BARTOLINI, F., «Digital Inheritance and *Post Mortem* Data Protection: The Italian Reform», *Bocconi Legal Studies Research Paper Series*, 3397974, 2019, pp. 1-11, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3397974>. Sobre el impacto de este pronunciamiento en España, véase NAVAS NAVARRO, S., «Digital Content of the Inheritance: Remarks on the Judgment of the German Federal Court of Justice (BGH) of 12 July 2018 from the Standpoint of Spanish Law», *European Review of Private Law*, 2019, pp. 1159-1168.



BANTA, N. M., «Minors and Digital Asset Succession», *Iowa Law Review*, 2019, pp. 1699 ss.

BARBA, V., «Interessi post mortem tra testamento e altri atti di ultima volonta», *Rivista di Diritto Civile*, 2017, pp. 319-349.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2016, pp. 47-75.

CASTAÑOS CASTRO, P., *La donación obligacional*, Reus, Madrid, 2021.

DEL PRATO, E., *Donazioni*, Zanichelli editore, Bologna, 2019.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Artículos 634 a 636: de los efectos y limitación de las donaciones», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Artículos 641 a 643: de los efectos y limitación de las donaciones (II)», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Artículos 654 a 656: de la revocación y reducción de las donaciones», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

DURAN RIVACOBA, R., «La donación de bienes futuros», en EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M. C. (dirs.), *Tratado de las Liberalidades: homenaje al Profesor Enrique Rubio Torrano*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

EUROPEAN LAW INSTITUTE, *The ELI Principles on the Use of Digital Assets as Security*, 2022, disponible en: [https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/ELI\\_Principles\\_on\\_the\\_Use\\_of\\_Digital\\_Assets\\_as\\_Security.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_on_the_Use_of_Digital_Assets_as_Security.pdf).

FONTANELLAS MORELL, J. M., «Libertad de testar y libertad de elegir la ley aplicable a la sucesión», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, pp. 376-408.

LUNQUIN BERGARECHE, R., «Donación mortis causa», en EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M. C. (dirs.), *Tratado de las Liberalidades: homenaje al Profesor Enrique Rubio Torrano*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

MCCARTHY, L., «Digital Assets and Intestacy», *BUJ Science Technology Law Journal*, 2015, pp. 384-412.

MONOSI, S., «Articolo 769», en RESCIGNO, P. (dir.), *Codice Civile*, Tomo I (Artt. 1-1702), Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2022.

MORALEJO IMBERNÓN, N., «El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales», *Anuario de Derecho Civil*, LXXIII, I, 2020.

NANCLARES VALLE, J., «Donación», en VALPUESTA GASTAMINZA, E. M. (dir.), *Unificación del derecho patrimonial europeo: marco común de referencia y Derecho español*, J. M. Bosch Editor, Madrid, 2011.

NARDI, S., «La successione nel patrimonio digitale», en CASSANO, G., PREVITI, S., *Il Diritto di Internet nell'era digitale*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, p. 151-166.

NAVAS NAVARRO, S., «Digital Content of the Inheritance: Remarks on the Judgment of the German Federal Court of Justice (BGH) of 12 July 2018 from the Standpoint of Spanish Law», *European Review of Private Law*, 2019, pp. 1159-1168.

NIETO ALONSO, A., «La donación con reserva de la facultad de disponer», en EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M. C. (dirs.), *Tratado de las Liberalidades: homenaje al Profesor Enrique Rubio Torrano*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

NORIEGA RODRÍGUEZ, L., *El contrato de donación*, J. M. Bosch, Madrid, 2020.

NÚÑEZ IGLESIAS, A., «La donación de inmueble encubierta como compraventa», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1991, pp. 1811-1856.

OTERO CRESPO, M., «La sucesión en los “bienes digitales”. La respuesta plurilegislativa española», *Revista de Derecho Civil*, 2019, pp. 89-133.

PARRA LUCÁN, M. A., «La donación», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (dir.), *Curso de Derecho civil, Derecho de obligaciones*, Edisofer, Madrid, 2020.

PATTI, F. P., BARTOLINI, F., «Digital Inheritance and Post Mortem Data Protection: The Italian Reform», *Bocconi Legal Studies Research Paper Series*, 3397974, 2019, pp. 1181-1193, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3397974>.

PLAZA PENADÉS, J., «La donación remuneratoria», en EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M. C. (dirs.), *Tratado de las Liberalidades: homenaje al Profesor Enrique Rubio Torrano*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

PRADELLA, A., «Articolo 735», en RESCIGNO, P. (dir.), *Codice Civile*, Tomo I (Artt. 1-1702), Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2022.

RESTA, G., «Art. 2-terdecies. Diritti riguardanti le persone decedute», en D'ORAZIO, R., FINOCCHIARO, G., POLLICINO, O., RESTA, G. (dirs.), *Codice della Privacy e Data Protection*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2021.

RIBAS ALBA, J. M., *De la donación al contrato*, Tecnos, Madrid, 2016.

RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Artículo 814. Preterición de un heredero forzoso», en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, F. J., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (dirs.), *Código civil comentado*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2011.

RODRÍGUEZ MORATA, F. A., «Donación y retracto legal», en EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M. C. (dirs.), *Tratado de las Liberalidades: homenaje al Profesor Enrique Rubio Torrano*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

RUDA GONZÁLEZ, A., «Vida más allá de la muerte (digital). La protección de las voluntades digitales en la reforma del Derecho civil catalán», en ANGLÈS JUANPERE, B., BALCELLS PADULLÉS, J. (coords.), *Managing Risk in the Digital Society. Actas del 13º Congreso Internacional Internet, Derecho y Política*. Universitat Oberta de Catalunya, Huygens, Barcelona, 2017.

SANTOS MORÓN, M. J., «La denominada «herencia digital»: ¿necesidad de regulación? Estudio de Derecho español y comparado», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, pp. 413-438.

TUR FAÚNDEZ, M. N., «La donación moral u onerosa», en Egusquiza Balmaseda, M. A., PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M. C. (dirs.), *Tratado de las Liberalidades: homenaje al Profesor Enrique Rubio Torrano*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.



# La posesión de estado de hijo o hija a la luz de la jurisprudencia española y chilena. Especial referencia al sistema jurídico chileno\*

*Rommy Álvarez Escudero\*\**

**RESUMEN:** El presente trabajo aborda el alcance que la jurisprudencia del Tribunal Supremo español y la Corte Suprema chilena han dado a la posesión de estado de hijo o hija en los últimos años evidenciando las insuficiencias de los sistemas normativos frente a las diversas realidades familiares y la necesidad de una revisión del sistema filial desde una visión de conjunto con centro en el interés prevalente de niños, niñas y adolescentes.

**ABSTRACT:** Il presente contributo affronta la portata che negli ultimi anni la giurisprudenza della Corte Suprema spagnola e della Corte Suprema cilena hanno dato al possesso dello status di figlio o figlia, evidenziando le insufficienze dei sistemi normativi di fronte alle diverse realtà familiari e la necessità di una revisione del sistema filiativo da una visione d'insieme centrata sull'interesse prevalente dei bambini e degli adolescenti.

**SUMARIO:** 1. Consideraciones preliminares. – 2. La posesión de estado en España como fundamento de acciones de reclamación para el establecimiento de dobles maternidades. – 3. La posesión notoria en Chile como fundamento para el establecimiento de filiación con sustento en el vínculo socio-afectivo. – 4. Algunas reflexiones finales.

---

\* Trabajo desarrollado en el marco del proyecto ANID, Chile, Fondecyt de Iniciación N°11200066 “Nuevo paradigma de la filiación en Chile: Hacia una integración de la voluntad procreacional y la socio-afectividad en perspectiva de infancia” del que la autora es investigadora responsable.

\*\* Profesora Derecho Civil, Universidad de Valparaíso, Chile.

## 1. Consideraciones preliminares

La posesión de estado de hijo o hija, denominada en Chile posesión notoria, revela una situación familiar vivida, expresión social de la paternidad o maternidad considerada como una manifestación de la apariencia en la esfera jurídica sustentada en una serie de actos concluyentes que sirven para establecer la realidad de la que es reflejo<sup>1</sup>.

Los elementos constitutivos que trazan las notas características de esta institución se han sintetizado tradicionalmente en las exigencias de nombre (*nomen*), trato (*tractatus*) y fama. “El *nomen* consiste en el hecho de que una persona lleve el apellido de otra; el *tractatus* es la forma que una persona tiene de tratar a otra o, a la inversa, es la forma de ser tratada ésta por aquélla, que coincide con lo que es usual en las relaciones entre padres e hijos; la *fama*, es la opinión general, la *vox populi*, que reconoce al hijo como de un determinado padre”<sup>2</sup>.

Dentro del ordenamiento jurídico chileno el inciso 2° del art. 200 cc aporta una noción legal a su respecto señalando, “La posesión notoria consiste en que su padre, madre o ambos le hayan tratado como hijo, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándolo en ese carácter a sus deudos y amigos; y que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como tal”, comprendiendo así los aludidos requerimientos de nombre, trato y fama como su núcleo esencial.

En sistemas normativos como el español o el chileno, que estructuran la filiación en base al sustrato biológico, la posesión de estado de hijo o hija, en principio, es la proyección social de esa realidad, siendo esta su fundamento, de manera que si no existe la debida correspondencia, las herramientas jurídicas se movilizan con objeto de conseguir la convergencia entre la verdad biológica y la verdad formal, las acciones de filiación que permiten impugnar y reclamar una paternidad o maternidad, son muestra de aquello.

---

<sup>1</sup> Véase, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones*, vol. IV, 8° ed., Tecnos, Madrid, 2001, p. 231.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 232.

Sin embargo, frente a las diversas realidades familiares, la jurisprudencia, tanto española como chilena, dentro de cada uno de sus sistemas, en un camino de luces y sombras ha ido trazando y replanteando el alcance de la posesión de estado reconociéndola como fundamento para establecer filiación con prescindencia del vínculo biológico o en supuestos que incumplían los requisitos legales, como en el caso español; o, para desplazar una filiación por naturaleza jurídicamente determinada, como sucede en Chile.

Centraremos el presente trabajo en la revisión de pronunciamientos del Tribunal Supremo español y de la Corte Suprema chilena de los últimos años, en los nudos críticos anunciados, los cuales evidencian la necesidad de replantear ciertas premisas en el orden jurídico filial con objeto de superar deficiencias y aportar en construir un sistema coherente y respetuoso de los derechos inherentes a los miembros de las familias, particularmente hijos e hijas que, en tanto niños, niñas o adolescentes, son titulares de prerrogativas que gozan de una especial garantía de efectividad.

## **2. La posesión de estado en España como fundamento de acciones de reclamación para el establecimiento de dobles maternidades**

Conforme el análisis efectuado por la doctrina especializada, en el sistema español la posesión de estado “no parece que pueda conceptuarse como un título de legitimación, sino como una situación fáctica que puede conducir a una determinación de la filiación, mediante la prueba de que concurren sus requisitos”<sup>3</sup>, hechos que no constituyen un título de determinación de filiación, reconociéndose sí a su respecto otras funciones como medio subsidiario y de último recurso para acreditar una filiación determinada, conforme al art. 113 cc español; medio de prueba para la determinación judicial de la filiación, según lo dispuesto por el art. 767.3 LEC; y, “un criterio empleado por el legislador para ampliar la legitimación activa de la

---

<sup>3</sup> Ibidem.

acción de reclamación y restringir su impugnación”<sup>4</sup>, conforme los arts. 131 y 140 cc. Acción de reclamación dirigida “a obtener la declaración judicial del hecho real de la generación”<sup>5</sup>. La posesión del estado de hijo o hija, por tanto, corresponde a la manifestación de una filiación por naturaleza que puede aún no constar oficialmente, “es decir, la situación proclama la filiación, pero no se confunde con ella”<sup>6</sup>.

Una noción tradicional a su respecto es aportada desde la jurisprudencia al indicar: “Posesión de estado de filiación, que tal como esta Sala ha declarado con reiteración, no es más que una situación residual en que puede hallarse un hijo cuya paternidad no matrimonial no le está reconocida formalmente y, sin embargo, las circunstancias concretas en que se halla en el seno de la sociedad o del círculo familiar permiten establecer el reconocimiento presunto de la filiación por la homologación judicial de estas circunstancias mediante la Sentencia firme que así lo proclame”<sup>7</sup>.

No obstante, sin contar con el vínculo biológico que le da sustento, la posesión de estado ha servido de fundamento para el reclamo de la maternidad respecto de hijos nacidos producto de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida en supuestos en que no se daba cumplimiento a los requisitos legales exigidos, con objeto de determinar la segunda maternidad de la mujer que no era madre biológica del niño o niña nacida. El art. 7.3<sup>8</sup> de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA), en relación con el art. 44.5 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en su texto aplicable con anterioridad a la modificación operada por la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de

---

<sup>4</sup> Véase, BARBER CÁRCAMO, R., «Retos actuales de la acción de reclamación de la filiación», en BARBER CÁRCAMO, R., QUICIOS MOLINA, S., VERDERA SERVER, R. (dirs.), *Retos actuales de la filiación*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 72.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> ARECHEDERRA ARANZADI, L., «Realidad, ilusión y delirio en el derecho de filiación», Dykinson, Madrid, 2017, p. 198.

<sup>7</sup> Tribunal Supremo español, sentencia n°670/1988, 30 de Junio de 1988, Id. vLex VLEX-211942379. Fundamento de Derecho Primero.

<sup>8</sup> Artículo 7. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida. 3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.



las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, exigían para el establecimiento de la filiación respecto de la otra mujer participe en el diseño familiar, madre de intención que no había dado a luz a la criatura, que esta se encontrara casada y no separada legalmente o de hecho con la madre biológica y que hubiere manifestado su consentimiento en orden a determinar la filiación respecto el hijo o hija nacida de su cónyuge<sup>9</sup>. Sin entrar en un análisis exhaustivo, podríamos decir, una suerte de reconocimiento formal como vía extrajudicial para la determinación de la filiación respecto la cual la ley prescribía las exigencias apuntadas.

El apartado 3 del art. 7 fue incorporado en la LTRHA por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, disponiendo: “Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente *en que cuando nazca el hijo de su cónyuge*, se determine a su favor la filiación respecto del nacido” (el resaltado es nuestro), siendo luego modificado por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.

La norma en su versión intermedia antes transcrita era la vigente a la fecha de dictación de las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013<sup>10</sup> y de 15 de enero de 2014<sup>11</sup> que resolvieron el establecimiento de relaciones materno – filiales basadas en una posesión de estado desvinculada de la realidad biológica y sin cumplir con las exigencias prescritas por la Ley 14/2006, de 26 de mayo. Sentencias que, si bien generaron una base de discusión para introducir cierta flexibilidad a través de la modificación legal operada en el año 2015, daban cuenta de las insuficiencias normativas para

---

<sup>9</sup> Artículo 44. Inscripción de nacimiento y filiación.

5. También constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.

<sup>10</sup> Tribunal Supremo español, sentencia n°740/2013, 5 de diciembre de 2013, identificador tirantonline TOL 4.035.995.

<sup>11</sup> Tribunal Supremo español, sentencia n°836/2013, 15 de enero de 2014, identificador tirantonline TOL 4.122.750.

responder a las complejidades que enfrentan las diversas realidades familiares.

La STS de 5 de diciembre de 2013, analiza por primera vez un caso de reclamación de filiación por posesión de estado, estimando la pretensión de doble maternidad de la cónyuge de la madre biológica que no había ejercitado en tiempo y forma la declaración de maternidad establecida en el art. 7.3 LTRHA que, como hemos visto, exigía la manifestación del consentimiento previo al nacimiento del hijo. El caso llega al conocimiento del Tribunal Supremo por recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, deducido por la madre biológica, ex cónyuge de la demandante.

Relativo al análisis del instituto que comentamos, la sentencia en el Fundamento de Derecho Primero hizo suyas las afirmaciones contenidas en la sentencia en apelación que consideró probada “la posesión de estado de manera ininterrumpida, continuada y pública y por el tiempo suficiente”. Consideración a la cual la doctrina ha aludido como una confusión entre “la usucapción extraordinaria sin título, por la que se adquiere un derecho, con la posesión de estado como modo de publicidad de una filiación ya existente en el momento de iniciarse dicha posesión de estado. En la posesión de estado la filiación está en el origen de dicha posesión. En la usucapción adquisitiva el derecho adquirido se encuentra al término del tiempo prescrito para la adquisición”<sup>12</sup>.

En el Fundamento de Derecho Tercero, numeral 5 la sentencia que revisamos señala, “La remisión a las leyes civiles ‘salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos’ que efectúa la Ley [art. 7.1. LTRHA] posibilita además el ejercicio de la acción que aquí se ejercita al amparo del artículo 131 del Código Civil, sobre posesión de estado, que constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista el nexo biológico, y que en la práctica queda superada por la prestación del consentimiento para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida, porque ‘constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras’, hasta el punto, dice la sentencia recurrida, que ‘dicho

---

<sup>12</sup> ARECHEDERRA ARANZADI, L., Op. Cit., pp. 200 – 201.

consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditado como de ordinario se exige'[...]'".

Al mes siguiente la STS de 15 de enero de 2014, incidió nuevamente en el tema, aun cuando en esta ocasión se trataba de una mujer que no era la cónyuge de la madre biológica. La Audiencia Provincial de Toledo desestimó la demanda, resolución en contra la cual la demandante interpuso recurso de casación. La sentencia situó su contexto interpretativo en los principios constitucionales de igualdad de los hijos o de no discriminación por razón de filiación o nacimiento, protección de la familia, protección integral de los hijos y de las madres con independencia de su estado civil, dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad y la ponderación primordial del interés superior del menor<sup>13</sup>. En su Fundamento de Derecho Primero, se lee "En relación con la posesión de estado, figura que ya resultó reforzada tras la Reforma de Derecho de Familia de 1981, el carácter informador señalado se proyecta tanto sobre su posible definición, como respecto de las funciones que jurídicamente desempeña. Cuestión que, al margen de otras posibles consideraciones, determina que la valoración de sus respectivos requisitos de aplicación no resulten delimitados ya en orden a un determinado tipo de filiación, caso de la matrimonial, o bien de la necesaria subsistencia de una previa relación biológica de generación [...]".

Respecto la viabilidad de la acción deducida y la protección del interés superior del menor, el Fundamento de Derecho Tercero, número 1, indica "[...] hay que señalar que la sentencia de Pleno de esta Sala, de 12 de mayo de 2011 (nº320/2011 ), que la propia sentencia recurrida trae a colación como antecedente necesario del presente caso, conforme también a lo constatado por ambas instancias en dicho procedimiento, declara unos hechos reveladores de la posesión de estado ahora alegada, entre otros, que existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, que la relación o trato con dicho hijo desde su nacimiento fue de madre y que resultó beneficiosa y complementaria para el niño, que así la reconocía. Hechos no desacreditados por la sentencia recurrida que reconoce, conforme a lo probado en autos, 'que tanto la madre biológica como la

---

<sup>13</sup> Fundamento de Derecho Primero.

demandante se han preocupado del menor con igual dedicación' o que resulta acreditado que 'durante un tiempo actuó como madre'. En definitiva, hechos reveladores del 'tractatus' como elemento impulsor de la posesión de estado, particularmente en los supuestos de reclamación de filiación no matrimonial, como en el presente caso".

De relevancia resulta considerar el voto particular formulado por los magistrados D. Francisco Marín Castán, D. Antonio Salas Carceller y D. Ignacio Sancho Gargallo, que discrepó de la decisión de la mayoría de los magistrados de la Sala, desarrollando en nueve fundamentos los argumentos que, a su parecer, justificaban desestimar el recurso, exponiendo en el razonamiento Cuarto, "No es lógico, si el ordenamiento jurídico se considera como un conjunto sistemático y armónico, que un caso de filiación de un niño nacido en virtud de la aplicación de técnicas de reproducción asistida se resuelva en casación marginando la ley especial, es decir la LTRHA, y prescindiendo de su modificación en 2007 (por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas), porque esta modificación, teniendo ya muy presente la posibilidad legal de matrimonio entre personas del mismo sexo (introducida en nuestro ordenamiento por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio), estableció en el apartado 3 del artículo 7 LTRHA un régimen que debe considerarse específico, dado que este artículo 7 se titula Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida [...].

De esta regulación se sigue que la ley especial, para el caso de relaciones entre personas del mismo sexo que sean mujeres, de las que una decida tener hijos mediante la aplicación a sí misma de las técnicas de reproducción asistida, supedita la relación de filiación entre la persona que nazca y la otra mujer a que esta última esté casada con la madre biológica y no se encuentre separada de ella legalmente o de hecho. La ley especial opta, pues, por un requisito, el matrimonio, en el que no es difícil advertir un elemento de estabilidad, o cuando menos de propósito de estabilidad, como con acierto razona la sentencia recurrida citando en su apoyo la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de octubre de 2009 y como igualmente razonó esta Sala en su STS 5-12-2013 según se ha puntualizado anteriormente".

El análisis efectuado por la doctrina respecto las sentencias revisadas concluye que “En estas sentencias el Tribunal Supremo confunde título de determinación de la filiación con voluntad de comportarse como progenitor y elude el principio de verdad biológica, rector en materia de acciones de filiación, para declarar la doble maternidad más allá del supuesto del mencionado artículo [art. 7.3 LTRHA], con fundamento en el interés del menor”<sup>14</sup>.

Siguiendo con el análisis jurisprudencial, en el año 2022 el Tribunal Supremos español se pronunció en dos ocasiones en torno a la materia que comentamos, en la STS de 27 de enero de 2022<sup>15</sup> y en la STS de 11 de julio<sup>16</sup>, teniendo ambas como ponente a la Excm. D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Ángeles Parra Lucán.

La primera de las sentencias referidas tuvo su origen en una demanda de reclamación de maternidad extramatrimonial por posesión de estado interpuesta por la expareja y luego excónyuge de la madre biológica, la que fue estimada en las dos instancias, recurriendo la madre biológica en casación ante el Tribunal Supremo. Los fundamentos desarrollados, aludiendo precisamente a las sentencias antes comentadas, aportan en claridad respecto el supuesto analizado, negando lugar en definitiva a la demanda de reclamación de maternidad.

El Fundamento de Derecho Cuarto de la decisión alude al marco normativo y jurisprudencial que la contextualiza, haciendo mención de las distintas versiones de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida que en su origen no contempló lo figura de la doble maternidad sin adopción, la que fue incorporada en el apartado 3 de su art. 7 por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, creando con ello un nuevo título de determinación de otra maternidad, además de la maternidad por naturaleza, sometido a estrictos requisitos formales: matrimonio con la madre biológica y manifestación por la no gestante del consentimiento previo al nacimiento del hijo y ante el Encargado del Registro Civil. Exigencias

---

<sup>14</sup> BARBER CÁRCAMO, R., Op. Cit., p. 73.

<sup>15</sup> Tribunal Supremo español, sentencia n°45/2022, 27 de enero de 2022, Roj 243/2022.

<sup>16</sup> Tribunal Supremo español, sentencia n°558/2022, 11 de julio de 2022, Roj 3002/2022.

aplicables en la época de dictación de la STS de 5 de diciembre 2013 y STS de 15 de enero de 2014 las cuales, conforme la sentencia en análisis, “flexibilizaron los requisitos formales y temporales de esta regulación”, los que fueron asumidos por la Ley 19/2015, de 13 de julio, modificando el art. 7.3 de la LTRHA, que continua requiriendo matrimonio con la madre biológica sin existir separación legal o de hecho pero pudiendo manifestar su consentimiento una vez nacido el hijo, regulación que sigue suscitando problemas de interpretación y aplicación “como los referidos al plazo para la declaración, la posibilidad para hacerlo desde el centro sanitario, o la necesidad de aceptación de la comaternidad por la madre”<sup>17</sup>.

El numeral 4 del Fundamento de Derecho Quinto enfatiza que el interés del menor, a considerar en forma prioritaria en estos casos presenta aspectos casacionales en la vía de revisar la valoración que de ese interés hace la sentencia a partir de los hechos que han quedado probados, “La determinación del mayor beneficio para el menor, al tratarse de la valoración de una calificación jurídica, puede ser, en definitiva, objeto de una revisión de casación”, doctrina a la que hace alusión para indicar en el numeral siguiente una cuestión de la mayor relevancia, “El interés del menor no es causa que permita al juez atribuir una filiación. Es el legislador quien, al establecer el sistema de determinación de la filiación y de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, debe valorar en abstracto el interés superior del menor junto a los demás intereses presentes (la libertad de procreación, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones, la estabilidad del hijo)”<sup>18</sup>.

Refiriéndose a las sentencias n°740/2013, de 5 de diciembre de 2013 y n°836/2013, de 15 de enero de 2014 señala que estas admitieron “que prosperaran acciones judiciales de reclamación de maternidad, valorando de manera conjunta la existencia de un proyecto reproductivo en común de las dos mujeres, la posesión de estado como madre de la demandante y el interés en juego de los menores en preservar la relación con una persona a la que tenían como madre”, circunstancias que no se cumplen en la especie dado el breve tiempo

---

<sup>17</sup> Tribunal Supremo español, sentencia n°45/2022, 27 de enero de 2022, Fundamento de Derecho Cuarto, n°3.

<sup>18</sup> Ibid., Fundamento de Derecho Quinto, n°5.

de convivencia que no puede considerarse con entidad suficiente para conformar una relación de maternidad vivida. En este caso “no se da esa situación ni se ve el beneficio que reportaría para la estabilidad personal y familiar del niño la creación por sentencia de una relación jurídica que no se basa en un vínculo biológico y que no preserva una continuada y vivida relación materno filial de la demandante con el niño, que desde hace años es cuidado exclusivamente por su madre”<sup>19</sup>.

La STS de 11 de julio de 2022, se pronunció en recurso de casación, interpuesto también por la madre biológica, en contra de la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón que estimó parcialmente la demanda, haciendo lugar a la reclamación de filiación no matrimonial. Se trataba de una relación en que no existió matrimonio, la demandante tampoco prestó su consentimiento a la inseminación de la madre biológica, habiéndose interrumpido la convivencia de la pareja cuando el niño -de actuales 14 años- tenía 8 meses de edad. Atendidas las circunstancias concretas fueron realizadas pericias psicológicas de las que el Ministerio Fiscal concluye “que ni se da la posesión de estado, ni el reconocimiento de la filiación supondría un beneficio para el menor”<sup>20</sup>.

El Fundamento de Derecho Sexto numeral 4 enfatiza en que la sentencia recurrida no ha valorado adecuadamente el interés del menor, para concluir “Es improcedente y contrario al interés del menor que, tras no haber quedado determinada la filiación por el cauce legal previsto para ello se fije judicialmente cuando no solo no resulta de una constante relación de maternidad vivida, sino que además es contraria a la voluntad, los deseos, sentimientos y opiniones de un menor ya adolescente, a quien debe reconocerse su derecho a participar en las decisiones progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en una etapa tan fundamental para su vida”. El Tribunal Supremo apoyado, además, en similares razonamientos a los contenidos en la sentencia anteriormente comentada, estima el recurso de casación en favor de la madre biológica.

---

<sup>19</sup> Ibid., Fundamento de Derecho Quinto, n°6.

<sup>20</sup> Tribunal Supremo español, sentencia n°558/2022, 11 de julio de 2022, Fundamento de Derecho Tercero, n°2.

Para finalizar el examen relevante es considerar que en ambas sentencias del año 2022 el Tribunal Supremo evidenció la necesidad de contar con un diseño jurídico de filiación acorde a las nuevas realidades familiares, referidas en el caso en análisis a la determinación de la doble maternidad originada en la utilización de técnicas de reproducción humana asistida, al señalar: “En espera de una necesaria revisión de conjunto del sistema de filiación que encaje de manera adecuada la derivada del uso de técnicas de reproducción asistida, tanto por lo que se refiere a la determinación extrajudicial como a las acciones judiciales de reclamación e impugnación, para resolver el recurso debemos estar a la deficiente regulación vigente y a la jurisprudencia de la sala adaptada a las circunstancias del presente caso”<sup>21</sup>.

### **3. La posesión notoria en Chile como fundamento para el establecimiento de filiación con sustento en el vínculo socio-afectivo**

En el sistema chileno, tras la reforma operada en el código civil en el año 1998 por la Ley n°19.585<sup>22</sup>, se incorpora dentro del Título VIII del Libro I “de las acciones de filiación” en el art. 200 el recurso a la posesión notoria de la calidad de hijo para que el juez pueda tener por suficientemente acreditada la filiación siempre que haya durado a lo menos cinco años continuos y se pruebe por un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable, determinando sus requisitos constitutivos centrados en las tradicionales exigencias de nombre, trato y fama, indicando la noción legal a su respecto, a que ya hemos hecho alusión.

El matiz se aprecia en la disposición siguiente, el art. 201<sup>23</sup> cc, que otorga preferencia a la posesión notoria del estado civil de hijo,

---

<sup>21</sup> Fundamento de Derecho Cuarto STS 45/2022, de 27 de enero de 2022 y Fundamento de Derecho Quinto, n°1 STS 558/2022, de 11 de julio de 2022.

<sup>22</sup> Ley n°19.585, 1998 Modifica el código civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. En vigor desde el 26.10.1999 (art. 9°).

<sup>23</sup> Art. 201 “La posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada,



debidamente acreditada, sobre las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entre una y otras, estableciéndose así, por excepción, un caso de divergencia entre la filiación biológica y la filiación jurídica, en que el legislador chileno se decanta por la permanencia del vínculo formal, siempre y cuando no existan graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo pues, de haberlas, retorna a la regla general de prevalencia de las pruebas de carácter biológico. La opción del legislador de privilegiar los lazos de afecto vividos en una relación familiar ya constituida por sobre la verdad material ha sido apreciada positivamente desde la doctrina chilena en consideración a los nexos de sentimientos que trascienden a lo puramente biológico, los que incluso en ciertos casos pueden alcanzar una mayor relevancia<sup>24</sup>.

En la materia, la historia legislativa de la Ley n°19.585<sup>25</sup> da cuenta que esta hipótesis fue introducida en resguardo de la paz y armonía familiar para el caso en que un padre, sin contar con lazos consanguíneos, hubiere determinado jurídicamente la filiación habiéndose consolidado el vínculo paterno-filial, el que podría verse alterado con la irrupción del padre biológico que reclamare su paternidad<sup>26</sup>.

---

preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entre una y otras. Sin embargo, si hubiese graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior, prevalecerán las pruebas de carácter biológico”.

<sup>24</sup> VELOSO VALENZUELA, P., «Sobre la determinación de la filiación», en SCHMIDT HOTT, C. y VELOSO VALENZUELA, P. (dirs.), *La filiación en el nuevo derecho de familia*, LexisNexis, Santiago, 2001, p. 173; GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M., *El sistema filiativo chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 88; PIZARRO WILSON, C., «Algunas consideraciones en torno a la determinación y acciones de filiación en la Ley n°19.585». En: *Ius et Praxis*, vol. 5, n°2, p. 17; BARROS BOURIE, E., «Notas históricas y comparadas sobre el nuevo ordenamiento legal de la filiación». En: VV.AA.: *El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil chileno*. Fundación Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 1999, p. 52.

<sup>25</sup> Véase ÁLVAREZ ESCUDERO, R., «Posesión notoria del estado civil de hijo o hija. Reflexiones a la luz de la reciente jurisprudencia nacional», en ÁLVAREZ ESCUDERO, R., PRADO LÓPEZ, P. y SAAVEDRA ALVARADO, R. (edits.), *Estudios de Derecho Privado. III Jornadas Nacionales de Profesoras de Derecho Privado*, Edeval, Valparaíso, 2023, pp 159 - 163.

<sup>26</sup> A modo de comentario, si bien en el sistema español esta posibilidad no se encuentra prevista, incipientemente la doctrina sí se ha planteado frente a este supuesto desde la perspectiva del interés superior del hijo, véase BARBER CÁRCAMO, R., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2016 (441/2016). El conflicto

Examinando el tratamiento que se otorga a la posesión notoria en el sistema chileno es posible concluir que ésta no radica necesariamente su sustrato en el vínculo biológico de descendencia sino encuentra su fundamento en los lazos de afecto y el ejercicio de funciones parentales de facto que van modelando la identidad de niños, niñas y adolescentes que crecen y se desarrollan dentro de las familias. Así, aun cuando el principio vertebrador del sistema es el de la verdad biológica, consagrando el principio de la libre investigación de la paternidad o maternidad<sup>27</sup>, la institución que comentamos se dispone como una clara excepción que, conforme el tenor de las normas vigentes, parece no quedar restringido únicamente a enervar la reclamación tardía por parte de un padre o madre biológico, sino admite también la posibilidad de constituir el fundamento de acciones de reclamación o impugnación de filiación en base al interés prevalente del hijo o hija con centro, en estos casos, en la dimensión dinámica de su derecho a la identidad, superando la vocación inicial de que da cuenta la historia de la ley.

Llegados a este punto, el cuestionamiento que surge es si para desplazar una filiación ya determinada conforme al nexo biológico la vía sustentada en la posesión notoria es la más adecuada desde el interés prevalente de niños, niñas y adolescentes; y, luego, si tal utilización resulta coherente y armónica dentro del diseño del sistema jurídico filial chileno.

La posición tradicional de la jurisprudencia chilena en torno a la posesión notoria del estado civil de hijo o hija la había reservado como un medio de prueba en juicio de filiación<sup>28</sup>, que no admitía su consideración como una acción autónoma en tanto las acciones de

---

entre la verdad biológica y el interés del hijo menor en las acciones de Filiación», en YZQUIERDO TOLSADA, M. (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, vol. 8, 2016, pp. 329 – 346.

<sup>27</sup> Art. 195 cc chileno “La ley posibilita la investigación de la paternidad o maternidad, en la forma y con los medios previstos en los artículos que siguen. El derecho de reclamar la filiación es imprescriptible e irrenunciable. Sin embargo, sus efectos patrimoniales quedan sometidos a las reglas generales de prescripción y renuncia”.

<sup>28</sup> VERDUGO TORO, J., «Aplicación judicial de la posesión notoria del estado civil de hijo como forma de determinar la filiación: cuatro ideas», en BARRÍA PAREDES, M. (coord.), *Estudios de Derecho Civil XI*, Thomson Reuters, Santiago, 2016, p. 251.

filiación consagradas en el estatuto filiativo diseñado por la Ley n°19.585 encuentran su sustento en la verdad biológica, por lo que la pretensión fundada en este instituto, existiendo una filiación biológica previamente determinada y no siendo esta controvertida por las partes, excedía los márgenes y contenidos de las acciones legales de impugnación y reclamación de paternidad, las que se previeron para aquellos casos en que no exista coincidencia entre la filiación legal y la innata<sup>29</sup>. Sin embargo, desde el año 2019, la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena se ha pronunciado ya en seis ocasiones<sup>30</sup> favorablemente en torno a reconocer a la posesión notoria como fundamento del ejercicio de acciones de filiación, deducidas por madres en representación de sus hijos menores o por padres “sociales”, con objeto de reclamar la filiación sustentada en la socio-afectividad, impugnando la filiación biológica formalmente determinada, todos supuestos presentados en el contexto de familias reconstituidas o ensambladas.

La jurisprudencia referida, que puede ser apreciada como una tendencia en la materia, decanta por la filiación vivida reconociendo la importancia del ejercicio de las funciones parentales, esenciales para la vida y desarrollo de un niño, niña o adolescente, cuestión que destacamos, pero descuida a nuestro entender la prerrogativa en su faz estática, el derecho a conocer el origen y la posible relación con el progenitor biológico. “Menester es recordar que se producirá una alteración en la filiación jurídica que será irrevocable, absoluta y excluyente, pues la nueva filiación determinada por vía judicial desplazará completamente a la anterior”<sup>31</sup>, por lo que constituye un

---

<sup>29</sup> Véase, sentencias Corte Suprema: 21.10.2013, rol n°4311-2013, identificador Thomson Reuters CL/JUR/2318/2013; 4.11.2015, rol n°15.210-2015, identificador Thomson Reuters CL/JUR/6664/2015; 7.9.2016, rol n°39.477-2016, identificador Thomson Reuters CL/JUR/6320/2016; 29.11.2017, rol n°33.778-2017; 7.8.2020, rol n°2696-2020, identificador Thomson Reuters CL/JUR/76111/2020.

<sup>30</sup> Sentencias Corte Suprema: 26.8.2019, rol n°18.707-2018, identificador Thomson Reuters CL/JUR4913/2019; 14.7.2020, rol n°12.792-2019, identificador Thomson Reuters CL/JUR/69288/2020; 17.7.2020, rol n°31.597-2018, identificador Thomson Reuters CL/JUR/69289/2020; 20.8.2020, rol n°16.219.2019, identificador Thomson Reuters CL/JUR/76113/2020; 5.4.2021, rol n°18.213-2019, identificador Thomson Reuters CL/JUR47805/2021; 25.5.2022, rol n°2021-2021, identificador Thomson Reuters CL/JUR19658/2022.

<sup>31</sup> ÁLVAREZ ESCUDERO, R., «Relaciones parentales sin base biológica en el derecho chileno. Repensando el sistema filial en perspectiva de infancia y adolescencia», en

ámbito en que el interés prevalente de niños y niñas y su derecho a ser oídos conforme su autonomía progresiva deben desplegarse como principios rectores orientando la decisión judicial. Entre las prerrogativas de niñez y adolescencia el tema que abordamos incide, además, en su derecho a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos<sup>32</sup>. Todos derechos de la personalidad que, en clave de garantías, han sido recogidos en la Ley n°21.430<sup>33</sup> y que exigen ser dotados de efectividad conforme lo dispuesto por el art. 12<sup>34</sup> del referido cuerpo normativo de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia. Preciso es tener en consideración también la regla contenida en el art. 9<sup>35</sup> de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) que determina la separación del niño de uno o ambos progenitores como una medida judicial de carácter excepcional fundada en su interés superior. Para estos casos, podríamos decir que el alejamiento se ha producido en forma previa y de facto, muchas veces abandonando el cuidado del hijo o hija, que siendo ejercido por un tercero trae como consecuencia la ruptura del vínculo paterno o materno-filial.

---

RDF *Derecho de Familia Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N°106, septiembre 2022, p. 176.

- <sup>32</sup> Art. 7.1. CDN “1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.
- <sup>33</sup> Ley n°21.430, 2022 sobre Garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia.
- <sup>34</sup> Artículo 12. “Efectividad de los derechos. Es deber del Estado adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de cualquier otra índole, necesarias para dar efectividad a los derechos que le son reconocidos en la Constitución Política de la República, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes y en las leyes”.
- <sup>35</sup> “1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.  
2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.  
3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño [...]”.

Los fundamentos de las sentencias que marcan la tendencia que comentamos inciden en la caracterización actual de la filiación como una situación jurídica determinada por la posición en que, en calidad de hijo o hija, se encuentra una persona dentro del grupo familiar. En este sentido, la sentencia de fecha 14 de julio de 2020<sup>36</sup>, señala “Que, en esas condiciones, se debe colegir que la sentencia impugnada conculcó lo que disponen los artículos 200, 201 y 208 del Código Civil, con influencia substancial en su parte dispositiva porque condujo a que se desestimara la demanda interpuesta, entendiendo que las normas que rigen la filiación sólo deben conducir a la realidad biológica de los involucrados, dejando de lado la realidad social que le concede a un hijo tal como lo establece la definición de filiación, una posición dentro de una familia, que le permite asimismo determinar su identidad y proteger su dignidad como lo reconoce el Tribunal Constitucional chileno”. Fundamento que reitera en el Considerando Tercero de la sentencia de reemplazo dictada con fecha 17 de julio de 2020<sup>37</sup> en que se lee, “Así pues puede decirse que la filiación se entiende ahora más que como una relación de sangre como una situación jurídica relacionada con el lugar que ocupa una persona en una familia”.

Para el máximo tribunal chileno, esta posición que se ocupa dentro de la familia va más allá del hecho fisiológico de la procreación y trasunta el derecho inalienable a la identidad personal de niños, niñas y adolescentes, el que no se limita sólo al aspecto físico o biológico, componentes de su esfera estática, sino comprende también las experiencias de vida que aportan en configurar la dimensión dinámica de este derecho. Así en el Considerando Cuarto de la sentencia dictada con fecha 26 de agosto de 2019, enfatiza: “Que, en lo que concierne al referido derecho [derecho a la identidad], la doctrina señala que no se limita a considerar el aspecto físico o biológico de la persona, pues comprende el bagaje espiritual, intelectual, político, profesional, etc., a través del cual se proyecta socialmente al exteriorizar de alguna manera los aspectos propios de la personalidad; y que la identidad personal encuentra su fundamento axiológico en la dignidad del ser humano, que es un derecho personalísimo merecedor, por sí, de tutela jurídica, y autónomo”.

---

<sup>36</sup> Corte Suprema, rol n°12.792-2019. Considerando Octavo.

<sup>37</sup> Corte Suprema, rol n°31.597-2018.

La Corte Suprema en los fundamentos de los fallos que comentamos evidencia la primacía de la probanza biológica que consagra el estatuto filiativo nacional destacando, sin embargo, que ésta no reviste carácter absoluto pues la ley contempla expresamente la excepción de la posesión notoria del estado civil de hijo, no existiendo en el Título VIII del Libro I del código civil precepto que impida invocar la posesión notoria como fundamento de una acción de impugnación y reclamación y no sólo como excepción. Sobre el particular el Considerando Séptimo de la sentencia dictada con fecha 26 de agosto de 2019<sup>38</sup> señala, “Pero, tratándose del hijo como legitimado activo, según se advierte de la lectura de dichas disposiciones [Arts. 204 a 221 cc], no indican cuál o cuáles deben ser sus fundamentos, por lo tanto, no se divisa razón por la que solo podrían basarse en la realidad biológica y no en la social, esto es, en la posesión notoria del estado civil de hijo, tampoco en que ésta únicamente se puede invocar como excepción para enervar una acción de impugnación de la filiación, más aun considerando lo ya señalado a propósito del derecho a la identidad, que constituye uno de los fundamentos del estatuto filiativo”.

Añadiendo en la sentencia dictada con fecha 20 de agosto de 2020<sup>39</sup> “[...] Y tampoco existe en este ordenamiento común precepto alguno que haga jurídicamente inviable la invocación y el reconocimiento de la posesión notoria del estado de hijo respecto de determinada persona como único fundamento de la impugnación, aun cuando como ocurre en la especie no se controvierta la paternidad biológica del demandado y ésta sea reconocida por el menor demandante. Ello en virtud del mandato del precepto 201 del mismo cuerpo legal [...]”.

Las materias incardinadas en el tema que comentamos son variadas, la socio-afectividad y las relaciones parentales sin base biológica; las diversas configuraciones familiares presentes en una sociedad plural; y, en un eje central, el interés superior de niños, niñas y adolescentes y sus prerrogativas esenciales.

---

<sup>38</sup> Corte Suprema, rol n°18.707.2018.

<sup>39</sup> Corte Suprema, rol n°16.219-2020.

Es de observar que, como ya lo hemos referido, los casos comentados se plantean en el marco de familias ensambladas o reconstituidas, una de las diversas configuraciones familiares en que crecen y se desarrollan niños, niñas y adolescentes formando vínculos afectivos significativos con personas a quienes no se encuentran unidos consanguíneamente, sin embargo, el ordenamiento jurídico chileno no cuenta con una regulación que les de reconocimiento estableciendo un mínimo para el desenvolvimiento de estas relaciones en su cotidianeidad, de especial relevancia en la labor tuitiva de hijos e hijas. En este contexto, el ejercicio de las acciones de filiación que venimos comentando reconduce, una vez más, al modelo nuclear, sustituyendo un progenitor por otro, sin contemplar la genuina realidad familiar. Supuestos heterogéneos en algunos de los cuales no existe presencia del padre o madre biológico/registral y en que el padre o madre social asume de facto el ejercicio de funciones parentales, pero en que también aquel o aquella puede encontrarse presente cumpliendo, en mayor o menor medida, con sus funciones parentales, casos en que la labor del padre o madre social puede apreciarse como complementaria y en que, precisamente, el derecho a la identidad del hijo y su interés prevalente aconsejarían no desplazar la filiación biológica pero sí reconocer algún grado de participación al padre social, nuevo cónyuge o pareja del padre o madre.

El supuesto en que el interés superior del hijo o hija conduce al desplazamiento de la filiación biológica nos incardina con la adopción, particularmente en la modalidad denominada por integración<sup>40</sup>,

---

<sup>40</sup> Art. 8 b) en relación con el art. 11 de la Ley n°19.620, 1999 que dicta norma sobre adopción de menores.

Art. 8 b). "Los menores de 18 años, que pueden ser adoptados, son los siguientes: b) El menor que sea descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes, de conformidad al artículo 11"

Art. 11. "En el caso del menor a que se refiere la letra b) del artículo 8°, cuando uno de los cónyuges que lo quisieran adoptar es su padre o madre, y sólo ha sido reconocido como hijo por él o ella, se aplicará directamente el procedimiento previsto en el Título III.

Si el hijo ha sido reconocido por ambos padres o tiene filiación matrimonial, será necesario el consentimiento del otro padre o madre, aplicándose, en lo que corresponda, lo dispuesto en el artículo 9°.

A falta del otro padre o madre, o si éste se opusiere a la adopción, el juez resolverá si el menor es susceptible de ser adoptado de conformidad a los artículos siguientes. En caso de que uno de los solicitantes que quieran adoptar sea otro ascendiente consanguíneo del padre o madre del menor, se aplicará el procedimiento establecido

herramienta que el ordenamiento jurídico contempla para romper el nexo jurídico de filiación con el progenitor biológico y crear otro que lo reemplaza, poniendo en su lugar a un adulto de quien no se descende biológicamente. Sin embargo, en los casos analizados se ha prescindido de su utilización.

La percepción de que el camino de la adopción implica una serie de trámites judiciales y administrativos que lo hacen extenso y engorroso; y otras circunstancias como la imposibilidad de iniciar este procedimiento por parte del hijo o hija; que éste/a ya sea mayor de edad; o, el que el padre o madre social no se encuentre casado con el progenitor del hijo/a<sup>41</sup>, pudieron haber aportado en escoger la vía del ejercicio de las acciones de filiación para desplazar la filiación determinada. Sin embargo, es de considerar que por diseño legal<sup>42</sup> su utilización se aprecia como una mejor alternativa para cautelar el interés prevalente de niños, niñas y adolescentes, pues su tramitación comprende recursos que permiten evaluar las habilidades parentales del padre o madre que se suma y la estabilidad del grupo familiar en que el niño o niña se inserta; colaborando, además, en despejar la situación en que éste o ésta se encuentra respecto el padre o madre cuya filiación se pretende desplazar y los parientes significativos que para él o ella pudieran encontrarse en esa línea de su familia, medios que no encontramos en los procedimientos relativos a las acciones de filiación, no obstante, la aplicación que en ellos también debe darse a los principios rectores en materia de infancia.

---

en los artículos 9º o 13, según corresponda”.

<sup>41</sup> Es de apuntar que conforme la Legislación chilena vigente en materia de adopción, art. 20 Ley n°19.620, la adopción conjunta sólo puede ser solicitada por personas que tengan dos años o más de matrimonio.

<sup>42</sup> De relevancia es considerar la regla contenida en el art. 21 letra a) CDN que dispone: “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y;

a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario”.



Pertinente resulta tener en consideración que el Proyecto de Ley de reforma integral a la adopción en Chile<sup>43</sup>, en actual tramitación legislativa, bajo el epígrafe “adopción por integración” -Título V- propone su regulación apuntando precisamente a la situación de un niño o niña que hubiere sido abandonado por uno de sus progenitores, ejerciendo su cuidado el otro de ellos junto a su cónyuge o conviviente civil, facultando efectuar la solicitud para su integración como hijo o hija en ese grupo familiar, formulando exigencias específicas entre las que se encuentran la edad mínima de 5 años del niño o niña y la convivencia sostenida entre el niño o niña y el nuevo cónyuge o conviviente del padre o madre por un mínimo de 5 años continuos, facultando al juez para rebajar este plazo en casos calificados fundados en el interés superior del niño o niña. La coincidencia de este último requisito con aquel contemplado en el art. 200 cc chileno relativo al período durante el cual debe extenderse la posesión notoria del estado civil de hijo o hija llaman la atención respecto una posible duplicación de instituciones en que por las razones ya mencionadas relativas a cautelar el interés superior de los niños, niñas o adolescentes involucrados en estas realidades familiares pareciera imponerse la adopción como mejor alternativa para asegurar su bienestar.

#### 4. Algunas reflexiones finales

Es de reconocer los esfuerzos efectuados por la jurisprudencia en la búsqueda de dar amparo a las distintas composiciones familiares y los diversos escenarios que a su respecto pueden presentarse, sin embargo, podemos advertir también que algunas de estas decisiones restan coherencia a los sistemas y atentan contra la seguridad jurídica en una materia de orden público, indisponible, por tanto, tanto por las partes, como por el juez; que tiene, además, especial relevancia en la configuración de la identidad personal y en el desarrollo de la personalidad.

La evolución social y las modificaciones normativas introducidas en los ordenamientos jurídicos han dado paso a la conformación de

---

<sup>43</sup> Boletín 9119-18, art. 63.

realidades familiares complejas que coexisten con aquellas de estructura clásica para las que las regulaciones contempladas en las normativas tradicionales resultan insuficientes.

Es tarea del legislador establecer el sistema de determinación de la filiación y dar cabida a estas diversas realidades en un sistema armónico, cautelando los derechos esenciales de sus miembros y particularmente las prerrogativas de los niños, niñas y adolescentes involucrados. En este sentido es relevante lo señalado por las sentencias del Tribunal Supremo español de 27 de enero y 11 de julio de 2022 en orden a esperar la necesaria revisión de conjunto del sistema de filiación que encaje de manera adecuada aquella derivada del uso de técnicas de reproducción asistida, cuestión en que el ordenamiento español ha comenzado su avance con la dictación de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, que en su disposición final undécima numeral uno ha modificado el art. 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil, ampliando la doble maternidad derivada de reproducción asistida a parejas de mujeres no casadas, incorporando vías para la determinación de la filiación no matrimonial de la madre no gestante<sup>44</sup>.

La reflexión aportada por las sentencias antes referidas resulta de gran trascendencia no sólo para el sistema jurídico español sino también para el chileno en la vía de propiciar esa visión de conjunto con objeto de aportar un tratamiento coherente en el ámbito de la filiación derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana pero que no se agota sólo en ello sino abarca otras materias que precisan de una revisión legislativa como el rol de la posesión notoria, el ejercicio de funciones parentales en familias reconstituidas y las responsabilidades de ellas derivadas o el reconocimiento de la

---

<sup>44</sup> Respecto a la esperada revisión de conjunto, comentar que la Ley 4/2023, de 28 de febrero ha mantenido sin modificar el Art. 7.3. de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; y acotar que, no obstante la reforma operada, permanecen pendientes las observaciones relativas al plazo para efectuar la declaración de la madre no gestante, la posibilidad para hacerlo desde el centro sanitario; y, la cuestión relativa a la incorporación en el sistema de una presunción de maternidad para el caso que exista matrimonio entre las mujeres y una de ellas se someta a la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida.

socio-afectividad en el ámbito filial. Temas que, en un panorama más general, conducen a la idea de repensar el sistema jurídico de filiación construido desde una óptica adultocéntrica para dar cabida a renovados enfoques frente a las diversas configuraciones familiares presentes hoy en sociedades plurales con centro en el mejor interés de niños, niñas y adolescentes.

## Bibliografía

ÁLVAREZ ESCUDERO, R., «Relaciones parentales sin base biológica en el derecho chileno. Repensando el sistema filial en perspectiva de infancia y adolescencia», en RDF *Derecho de Familia Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N°106, septiembre 2022, pp. 169 – 179.

ÁLVAREZ ESCUDERO, R., «Posesión notoria del estado civil de hijo o hija. Reflexiones a la luz de la reciente jurisprudencia nacional», en ÁLVAREZ ESCUDERO, R., PRADO LÓPEZ, P. y SAAVEDRA ALVARADO, R. (eds.), *Estudios de Derecho Privado. III Jornadas Nacionales de Profesoras de Derecho Privado*, Edeval, Valparaíso, 2023.

ARECHEDERRA ARANZADI, L., «Realidad, ilusión y delirio en el derecho de filiación», Dykinson, Madrid, 2017.

BARBER CÁRCAMO, R., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2016 (441/2016). El conflicto entre la verdad biológica y el interés del hijo menor en las acciones de Filiación», en YZQUIERDO TOLSADA, M. (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, vol. 8, 2016, pp. 329 – 346.

BARBER CÁRCAMO, R., «Retos actuales de la acción de reclamación de la filiación», en BARBER CÁRCAMO, R., QUICIOS MOLINA, S., VERDERA SERVER, R. (dirs.), *Retos actuales de la filiación*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 69 – 117.

BARROS BOURIE, E., «Notas históricas y comparadas sobre el nuevo ordenamiento legal de la filiación». En: VV.AA.: *El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil chileno*. Fundación Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 1999.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones*, vol. IV, 8° ed., Tecnos, Madrid, 2001.

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M., *El sistema filiativo chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

PIZARRO WILSON, C., «Algunas consideraciones en torno a la determinación y acciones de filiación en la Ley n°19.585», en *Ius et Praxis*, vol. 5, n°2, pp. 11 – 29.

VELOSO VALENZUELA, P., «Sobre la determinación de la filiación», en SCHMIDT HOTT, C. y VELOSO VALENZUELA, P. (dirs.), *La filiación en el nuevo derecho de familia*, LexisNexis, Santiago, 2001, pp. 131 – 220.

VERDUGO TORO, J., «Aplicación judicial de la posesión notoria del estado civil de hijo como forma de determinar la filiación: cuatro ideas, en BARRÍA PAREDES, M., *Estudios de Derecho Civil XI*, Thomson Reuters, Santiago, 2016, pp. 251 – 260.

## Jurisprudencia citada

Tribunal Supremo español, sentencia n°670/1988, 30 de Junio de 1988.

Tribunal Supremo español, sentencia n°740/2013, 5 de diciembre de 2013.

Tribunal Supremo español, sentencia n°836/2013, 15 de enero de 2014.

Tribunal Supremo español, sentencia n°45/2022, 27 de enero de 2022.

Tribunal Supremo español, sentencia n°558/2022, 11 de julio de 2022.

Corte Suprema Chile, rol n°4311-2013.

Corte Suprema Chile, rol n°15.210-2015.

Corte Suprema Chile, rol n°39.477-2016.

Corte Suprema Chile, rol n°33.778-2017.

Corte Suprema Chile, rol n°2696-2020.

Corte Suprema Chile, rol n°18.707-2018.

Corte Suprema Chile, rol n°12.792-2019.

Corte Suprema Chile, rol n°31.597-2018.

Corte Suprema Chile, rol n°16.219.2019.

Corte Suprema Chile, rol n°18.213-2019.

Corte Suprema Chile, rol n°2021-2021.

## **Normativa citada**

Convención de los Derechos del Niño.

Código civil español.

Código civil chileno.

Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de reproducción humana asistida.

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

Ley 3/2007, de 15 de marzo, Reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

Ley 19/2015, de 13 de julio, De medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.

Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

Ley n°19.620, sobre Adopción de menores.

Ley n°21.430, sobre Garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia.

Ley n°19.585, Modifica el código civil y otros cuerpos legales en materia de filiación.

## **Proyecto de Ley citado**

Boletín 9119-18 sobre Reforma integral a la adopción en Chile.



# Lo status interno ed esterno di filiazione: una diplopia irragionevole

Remo Trezza

**ABSTRACT:** Il lavoro intende indagare, attraverso l'ausilio delle pronunce giurisprudenziali, la dicotomia – assolutamente irragionevole – tra *status* interno ed esterno di filiazione e cerca di pervenire a soluzioni sistematiche che, tenendo conto dell'assiologia ordinamentale, siano pienamente confacenti alla tutela dei *best interest of the child*.

**RESUMEN:** El trabajo se propone indagar, con la ayuda de sentencias jurisprudenciales, la dicotomía – absolutamente irrazonable – entre estatuto interno y externo de filiación y trata de llegar a soluciones sistemáticas que, teniendo en cuenta la axiología jurídica, se adecuen plenamente a la protección de las mejores intereses del niño.

**SOMMARIO:** 1. *Ratio laboris*. – 2. La maternità surrogata omosessuale maschile e il bilanciamento tra ordine pubblico e interesse superiore del minore. – 3. La fecondazione eterologa omosessuale femminile e la duplicità “improponibile” della qualificazione materna. – 4. Le sentenze “non gemelle” (nn. 32 e 33/2022) della Corte costituzionale e l'apertura (solo della 32) verso l'unificazione tra gli stati (interno ed esterno) di filiazione. – 5. Valutazione in concreto dell'ordine pubblico e riconoscimento pieno del legame biologico-intenzionale tra genitori omosessuali e figli nati mediante tecniche di procreazione vietate. – 6. L'adozione in casi particolari “con funzione contestuale” quale soluzione “unificante”.

## 1. *Ratio laboris*

Le nuove tecniche di concepimento, e i divieti che per alcune di esse l'ordinamento giuridico italiano pone, fanno emergere nella realtà fattuale, che si riverbera indubbiamente sulla realtà giuridico-regolatoria, nuovi paradigmi della filiazione.

Il contributo vorrà, infatti, mettere in luce alcune criticità relative allo *status* "esterno" di filiazione, ovvero quello attribuito ai figli nati all'estero attraverso tecniche di procreazione vietate in Italia. A tal proposito, si cercherà di indagare, diversamente dallo *status* "interno" di filiazione, ovvero quello previsto dal Codice civile, riformato nel 2012, e fondato sulla c.d. "unicità" (figli adottivi, figli legittimi, figli naturali), la filiazione "esterna" derivante dalla tecnica di maternità surrogata (vietata in Italia) utilizzata da due uomini e quella derivante dalla procreazione assistita di natura eterologa utilizzata da due donne (anch'essa vietata) all'estero<sup>1</sup>.

Prendendo in esame la dottrina, ma soprattutto la giurisprudenza costituzionale e di legittimità, si cercherà di sottolineare quanto la "tecnica utilizzata" sia divenuta *discrimen* per l'attribuzione dello *status filiationis*<sup>2</sup>. Non può essere la tecnica utilizzata, anche se vietata dall'ordinamento, e per ciò stesso "eventualmente" contraria all'ordine pubblico, a fungere da individuazione dello *status* di figlio. Vi sarebbe, in tali termini, una duplicità "discriminatoria" di *status* (interno ed esterno) di filiazione<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Si rinvia a ROTONDO, V., «Sull'attualità dei requisiti soggettivi di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita: il caso delle coppie omosessuali femminili», *Dir. succ. fam.*, 2021, pp. 146 ss.

<sup>2</sup> Si rinvia a FAZIO, E., «*Status filiationis* e tutele dei figli non riconosciuti e non riconoscibili», *Jus civile*, 2018, pp. 31-41.

<sup>3</sup> Si veda BARBA, V., «Procreazione medicalmente assistita eterologa omosessuale: c'è differenza se il figlio nasce in Italia o all'estero. Intorno a tre recenti sentenze della Cassazione», *Dir. suc. fam.*, 2021, pp. 819 ss.;



## 2. La maternità surrogata omosessuale maschile e il bilanciamento tra ordine pubblico e interesse superiore del minore

Con la sentenza 8 maggio 2019, n. 12193, le Sezioni Unite della Cassazione hanno negato la possibilità di trascrivere un ordine giudiziario emesso da un giudice straniero con cui era stato riconosciuto lo *status* di genitore a favore del membro di una coppia omosessuale privo di legame biologico con i due minori nati da maternità surrogata, ravvivando nell'art. 12, comma 6, l. 19 febbraio 2004, n. 40 un principio di ordine pubblico, posto a tutela della dignità della donna. Il 10 aprile 2019, però, la Grande Camera della Corte EDU, nell'emettere il primo parere *ex* Protocollo 16, ha stabilito che il rapporto di filiazione tra la madre designata come tale nell'atto di nascita ed il figlio, nato da maternità surrogata all'estero, deve essere riconosciuto nel supremo interesse del minore, lasciando agli Stati la discrezionalità sulle modalità<sup>4</sup>. Con l'ordinanza interlocutoria n. 8325 del 2020, poi, la Prima Sezione Civile della Cassazione ha ritenuto ricorrenti i presupposti per rimettere alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale degli artt. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004, 18 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 e 64, comma 1, lett. g), l. 31 maggio 1995, n. 218, se interpretati alla luce della sentenza delle Sezioni Unite precedentemente citata laddove si esclude, attraverso il limite dell'ordine pubblico, fissato in linea generale e astratta dal legislatore, la possibilità del riconoscimento, ai fini dell'efficacia in Italia, di provvedimenti giurisdizionali stranieri che accertino il diritto di essere inserito – quale genitore d'intenzione – nell'atto di nascita del figlio della persona cui si è legati da matrimonio celebrato all'estero, nato con le modalità della gestazione per altri<sup>5</sup>.

La Cassazione, con tale ordinanza, ha sottolineato che l'attribuzione al divieto di maternità surrogata dello statuto di principio di

---

<sup>4</sup> Sul punto, si rinvia, fra tutti, a BARBA, V., «La trascrizione dei certificati di nascita tra sindaci, giudici e Sezioni Unite: dieci brevi contributi per un dibattito attuale», *Articolo29*, 2018, pp. 1-11.

<sup>5</sup> In riferimento a tale problematica, si rinvia a FARAONI, A. B., *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Giuffrè, Milano, 2002; STEFANELLI, S., *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2020; ACETO DI CAPRIGLIA, S., «La questione aperta sulla maternità delegata: scenari inediti e vaglio di costituzionalità. Prospettive multilivello e comparata», *Dir. succ. fam.*, 2021, pp. 309 ss.

ordine pubblico internazionale prevalente *a priori* sull'interesse del minore per effetto di una scelta compiuta dal legislatore italiano in via generale ed astratta dalla valutazione del singolo caso concreto, è del tutto irragionevole. Inoltre, il principio della preminenza dell'interesse del minore impedisce al legislatore di imporre una sua compressione in via generale ed astratta e di determinare conseguentemente un affievolimento *ex lege* del diritto al riconoscimento dello *status filiationis* legalmente acquisito all'estero. Un simile diniego non può che essere il frutto di una valutazione in sede giurisdizionale e sulla base di una considerazione rigorosa del caso concreto che conduca a ritenere, in via eccezionale, corrispondente all'interesse specifico del minore il mancato riconoscimento dello stato di filiazione<sup>6</sup>.

La Cassazione ha anche osservato che l'istituto dell'adozione in casi particolari non risulta affatto idoneo a garantire quella effettività e celerità di attribuzione dello *status filiationis* ritenute dalla Corte di Strasburgo quali condizioni imprescindibili per qualificare la modalità alternativa alla trascrizione rispettosa del diritto alla tutela della vita privata e familiare del minore. L'interpretazione ostativa al riconoscimento appare in contrasto con l'art. 2 e l'art. 3 Cost., in quanto il diniego di trascrizione dell'atto di stato civile, nella parte afferente all'inserimento del padre d'intenzione, sovrapponendo il divieto penalistico inerente alla maternità surrogata alla tutela del diritto del minore alla pienezza del suo *status*, comporta la conseguenza di discriminare i nati nell'attribuzione dello stato di figlio a seconda delle circostanze della nascita e della modalità di gestazione (differenza tipologica, concretamente percettibile, tra *status* interno ed esterno di filiazione)<sup>7</sup>.

Oltre a questa lesione del principio di non discriminazione, l'interpretazione appare irragionevole perché distingue i genitori riconosciuti come tali dall'ordinamento straniero sulla base del loro apporto biologico alla procreazione. L'affermazione dell'esclusione in via aprioristica del riconoscimento, attribuita, da parte delle Sezioni Unite del 2019, alla scelta sanzionatoria del legislatore, non tiene inoltre in

---

<sup>6</sup> Si rinvia a BERTI DE MARINIS, G., «Maternità surrogata e tutela dell'interesse del minore: una lettura critica alla luce di un recente intervento della Corte EDU», *Actatualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, pp. 287-312.

<sup>7</sup> Si faccia riferimento a GORGONI, A., «La rilevanza della filiazione non genetica», *Dir. succ. fam.*, 2018, pp. 166 ss.

alcun conto della legislazione del paese in cui è avvenuta la nascita e il riconoscimento.

Giova ancora evidenziare che tale opzione ermeneutica, secondo la quale la pretesa sanzionatoria dello Stato deve prevalere sui diritti e sull'interesse del bambino, attraverso il filtro dell'ordine pubblico, non trova conferma nella giurisprudenza della Corte costituzionale che in varie pronunce ha affermato con chiarezza che il disvalore che la legge attribuisce alla condotta dei genitori, al punto anche di sanzionarla penalmente, non può riverberarsi sulla condizione giuridica del figlio, né per quanto riguarda l'accertamento di *status*, né per quanto riguarda le relazioni personali. La nozione di ordine pubblico internazionale non può mai comportare la lesione di diritti fondamentali dell'individuo<sup>8</sup>.

La Corte di Cassazione, con tale rimessione alla Corte costituzionale, avrà forse ritenuto il contrasto interno alla Carta costituzionale stessa, ovvero tra l'art. 2 e l'art. 29? Solo la famiglia fondata sul matrimonio tra un uomo e una donna rileva ai sensi dell'art. 2 Cost.? La risposta è, senza dubbio, negativa, in quanto il Legislatore, nel 2016, ha consentito le unioni civili, dalle quali, stante gli artt. 2 e 29 Cost. così come interpretati dalla giurisprudenza di legittimità (sino al 2019) e dalla Corte costituzionale, nascerebbe una "famiglia a metà", nella quale vi sarebbe solo la presenza di due *partners*, ma non anche quella dei figli che sono parte integrante del concetto stesso di famiglia. Anche il non riconoscimento della sentenza straniera che accerta la nascita di un bambino all'estero mediante la tecnica della maternità surrogata farebbe sì – così come effettivamente fa sì – che la "comunque costituita famiglia" in Italia (riconosciuta ontologicamente dalla Costituzione – art. 2 – quale formazione sociale ove si svolge la personalità sia dei genitori che dei minori ivi presenti) venga privata di un "elemento (in)defettibile".

La Corte di Cassazione avrà, forse, anche palesato che la maternità surrogata solidaristica, quale pratica per addivenire alla formazione di una famiglia, possa essere ammessa nel nostro ordinamento in quanto conforme al dettato dell'art. 2 Cost., quale clausola di eternità dei diritti? Avrà, in ultima analisi, teso a trasfigurare il passaggio dal "mero

---

<sup>8</sup> Si veda BARBA, V., «Ordine pubblico e gestazione per sostituzione», *Genius*, 2019, pp. 1-24.

desiderio ad essere genitore” – attraverso un coraggioso approccio – al “diritto concreto” di divenire tale<sup>9</sup>?

Il diritto, in tal caso, dovrebbe soprassedere sul mezzo, orientando la piena tutela sul fine: la protezione quanto piú totale e preminente possibile del minore. Perché, in ultima battuta, il fine (l’interesse superiore del minore) giustifica il mezzo utilizzato in ottica auto-deterministica dai genitori/*partners* (maternità surrogata solidaristica, fecondazione eterologa ecc...). Se una simile tecnica – si parla della maternità surrogata solidaristica –, in quanto pienamente conforme al dettato costituzionale, dovesse quindi essere permessa nel nostro ordinamento, ancor prima bisognerebbe comprendere se l’attuale divieto di fecondazione eterologa tra persone dello stesso sesso sia o meno conforme a Costituzione. Inoltre, bisognerebbe “mettere mano”, auspicandone una vera e propria riforma, alla legislazione penale speciale in tema di affidamento illecito di minori a terzi che, secondo le considerazioni sin qui svolte, comincerebbero a stridere anch’esse con il principio intangibile e insopprimibile dell’interesse preminente del minore. A parere di chi scrive, la fecondazione eterologa tra *same-sex couples* potrebbe essere riconosciuta solo per i fini stabiliti dalla normativa e vevoli già (e solo) per le coppie eterosessuali.

### 3. La fecondazione eterologa omosessuale femminile e la duplicità “improponibile” della qualificazione materna

La Corte costituzionale, con sentenza del 4 novembre 2020, è intervenuta su una “spinosa e attuale” questione, involgente svariati diritti fondamentali della persona umana, tutti succintamente collegati, in una dimensione bilanciatoria, alla salvaguardia del *best interest of the child*<sup>10</sup>. La sentenza ha visto la luce dopo il sollevamento, in via incidentale, della questione di legittimità costituzionale da parte del Tribunale ordinario di Venezia, il quale ha messo in dubbio che la

<sup>9</sup> Si consenta rinviare a TREZZA, R., «Maternità surrogata: ordine pubblico o *best interest of the child*?», *Federalismi*, 2020, pp. 278-308.

<sup>10</sup> Sul punto, si rinvia a VARANO, C., «La maternità surrogata e l’interesse del minore: problemi e prospettive nazionali e transnazionali», *Fam. dir.*, 2017, pp. 825-836.

normativa interna inerente la “non trascrivibilità” nell’atto di nascita anche del nome della “madre intenzionale”, potesse essere conforme ai principi costituzionali, di natura strettamente precettivistica. Con tale pronuncia si è evidenziato che il Giudice di merito o il Giudice costituzionale medesimo non possono intervenire in un campo del genere, costellato da delicate e ponderabili scelte che hanno a che fare con le questioni etiche più disparate, ma, viceversa, l’obiettivo potrebbe essere perseguibile per via normativa implicando una svolta che, anche e soprattutto per i contenuti etici ed assiologici che la connotano, non è costituzionalmente imposta, ma propriamente attinente all’area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale.

La questione è stata posta, peraltro, anche sotto un altro, connesso e parallelo profilo, che è quello relativo al *vulnus* che si è assunto arrecato all’interesse del minore, nel caso concreto in cui una delle due donne civilmente unite abbia (sia pur in violazione del divieto *sub* art. 5 della l. n. 40 del 2004), con il consenso dell’altra, portato a termine, all’estero, un percorso di fecondazione eterologa, da cui sia poi nato, in Italia, quel minore. Per questo secondo aspetto, ha precisato la Corte costituzionale, la giurisprudenza ha già preso in considerazione l’interesse in questione, ammettendo l’adozione c.d. “non legittimante” in favore del *partner* dello stesso sesso del genitore biologico del minore, ai sensi dell’art. 44, comma 1, lett. *d*), della l. 4 maggio 1983, n. 184. In questa chiave, la Corte ha escluso che una valutazione negativa circa la sussistenza del requisito dell’interesse del minore possa fondarsi esclusivamente sull’orientamento sessuale del richiedente l’adozione e del suo *partner*, non incidendo l’orientamento sessuale della coppia sull’idoneità dell’individuo all’assunzione della responsabilità genitoriale. È evidente, però, che l’istituto dell’adozione in casi particolari non è sufficiente e non assolutamente adeguato, nonché inefficace, stando anche alle argomentazioni svolte dalla Corte Edu nel Parere consultivo di cui si è detto, a tutelare pienamente il minore<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Cfr., PANE, R., «Unioni *same sex* e adozioni in casi particolari», *Dir. succ. fam.*, 2017, pp. 500 ss.

Sarebbe auspicabile, in tale direzione, che su invito della Corte costituzionale, e anche alla luce della recente ordinanza di rimessione della Corte di legittimità, nonché del Parere consultivo Cedu, il Legislatore riveda le sue posizioni e, attraverso una tecnica legislativa chiara, precisa e coordinata, pervenga al riconoscimento della maternità bio-intenzionale. Sarebbe una scelta legislativa “costituzionalmente imponente”, ma, oserei dire, anche “civilmente ineludibile”, quella di pervenire al pieno riconoscimento della “madre intenzionale” nel rapporto di filiazione con il figlio nato dalla “madre biologica”. Il legame biologico non può essere l’unico privilegiato<sup>12</sup>. La madre biologica non sarebbe tale se non vi fosse anche il consenso e la presa di atto responsabile di costruire e portare avanti un “progetto genitoriale condiviso”<sup>13</sup>.

L’intenzionalità materna, dunque, è presupposto della biologicità materna, la quale altro non è se non il dispiegamento e l’estrinsecazione di un diritto comune, ovvero quello fondativo, non tanto di una “famiglia”, se questo termine lo si vuole adoperare per riferirsi ad una tradizionale visione familiare, come quella prevista dall’art. 29 Cost., ma di un “progetto familiare”, terminologia più appropriata per il caso di specie, direttamente discendente, nella sua profusione, dall’art. 2 Cost. Di per sé, la parola “progetto” altro non è se non “gettare le basi per il futuro”. E quale futuro avrebbe una “madre intenzionale” senza una legge che riconosca un rapporto di filiazione vero, saldo e stabile con il proprio, ancor oggi, “presunto figlio”? L’idea di fondo è che non vi sarebbe necessità di una normativa *ad hoc*, seppur quella già esistente andrebbe rivisitata, in quanto la tutela al problema descritto discenderebbe tipicamente e precettivamente dal combinato disposto degli artt. 2, 3, 32 Cost., che rappresentano una “cornice” nel c.d. “evoluzionismo costituzionale” e che, attraverso un’interpretazione di “duttività assiologica”, parrebbe portare a soluzioni costituzionalmente coerenti e condivisibili.

A tal uopo, sarebbe auspicabile iniziare a discorrere di una “maternità bio-intenzionale”, dalla quale discende un automatico

---

<sup>12</sup> Cfr. TULLIO, L., «Nascere da madre surrogata e vivere inseguendo un legame. Il lungo cammino delle gemelle Mennesson», *Dir. succ. fam.*, 2020, pp. 1057 ss.

<sup>13</sup> Si consenta rinviare a TREZZA, R., «Ordine pubblico e legame biologico-intenzionale tra genitori omosessuali e figlio nato da maternità surrogata», *Famiglia*, 2022, pp. 235 ss.

riconoscimento, anche ai fini della trascrivibilità dell'atto di nascita in Italia, di uno *status* unico di madre (e, conseguentemente, di uno *status* unico di figlio): l'intenzionalità che si fa *longa manus* per la biologicità rende la maternità un *unicum* nel suo costruito *ab origine* e nel suo costruirsi *in fieri*, in un progetto familiare condiviso<sup>14</sup>.

Sarebbe, dunque, alla luce di queste considerazioni, inevitabile un abbattimento del divieto normativo di utilizzo della tecnica della fecondazione eterologa per le coppie *same sex* femminili, in ossequio alla *reductio ad unitatem* dello *status* di maternità, da cui discenderebbe anche un unico *status filiationis*. Sullo sfondo, o meglio alla base di una simile ricostruzione, vi è la consapevolezza che la nozione di vita familiare debba essere ormai declinata in concreto, avuto riguardo ai rapporti che si instaurino nell'ambito della comunità familiare (*rectius* progetto familiare condiviso, consapevole e responsabile), e che meritano tutela, nell'equilibrio tra gli interessi coinvolti, con particolare riguardo a quello del minore. E tale nozione neppure presuppone necessariamente la discendenza biologica dei figli, la quale non è più considerata requisito essenziale della filiazione, in tema di tecniche di PMA eterologa. Piuttosto che ad elementi di carattere biologico, la radice della "meritevolezza" di riconoscimento e tutela del vincolo familiare è dunque ricondotto – anche per le coppie omo-genitoriali – alla fondamentale e generale libertà delle persone di autodeterminarsi, specie in un mondo sempre più proiettato alle nuove scoperte tecnologiche, soprattutto nel campo della ricerca scientifico-medica, e formare una famiglia, a condizioni non discriminatorie.

---

<sup>14</sup> Si rinvia a TREZZA, R., *Maternità surrogata*, cit., pp. 278-308.

#### **4. Le sentenze “non gemelle” (nn. 32 e 33/2022) della Corte costituzionale e l’apertura (solo della 32) verso l’unificazione tra gli stati (interno ed esterno) di filiazione**

La Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi proprio su due questioni complesse e delicate che involgono il tema del riconoscimento dello *status* di figlio nato tramite la tecnica di fecondazione eterologa tra due donne all’estero e quello di figlio nato tramite la maternità surrogata adoperata da due uomini all’estero. La prima questione, risolta dalla sentenza n. 32 del 2021, riguarda il dubbio di legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9, l. n. 40 del 2004, («Norme in materia di procreazione medicalmente assistita») e 250 c.c., in quanto, sistematicamente interpretati, non consentirebbero al nato nell’ambito di un progetto di procreazione medicalmente assistita eterologa, praticata da una coppia dello stesso sesso, l’attribuzione dello *status* di figlio riconosciuto anche dalla madre intenzionale che abbia prestato il consenso alla pratica fecondativa, ove non vi siano le condizioni per procedere all’adozione nei casi particolari e sia accertato giudizialmente l’interesse del minore.

La Corte ha affermato – richiamando i principi costituzionali, sovranazionali ed internazionali in materia (primo fra tutti, il preminente interesse del minore) – che «i nati a séguito del ricorso a queste tecniche sono, dunque, titolari di diritti, indipendentemente dalle modalità del loro concepimento». Pare chiaramente sancito il principio per cui i minori, indipendentemente dalle scelte compiute dai genitori, anche se vietate dal nostro ordinamento (vige il divieto per le coppie omosessuali di poter ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita), vadano sempre tutelati e debba essere altrettanto tutelato il rapporto instauratosi *ab origine* tra il genitore biologico e quello di intenzione. La Corte costituzionale ha ripreso una recente sentenza della Cassazione (Cfr., Cass., 3 aprile 2020, n. 7668), che ha respinto la richiesta della madre intenzionale di poter essere menzionata nell’atto di nascita, eludendo tutta una serie di principi, anche di rilievo sovranazionale, che *ex adverso* la Consulta ha recepito e applicato al meglio. Alcune pronunce di merito hanno disatteso quanto statuito dalla Corte di legittimità (ne dà atto anche la Consulta nella sentenza) proprio in considerazione della preminente esigenza, costituzionalmente garantita, «di tutelare la condizione giuridica del nato, conferendogli, da



principio, certezza e stabilità», tenendo distinta la questione relativa allo stato del figlio da quella inerente alla liceità della tecnica prescelta per farlo nascere<sup>15</sup>.

Questa prima sentenza è andata nel senso di adottare una linea totale di protezione e tutela del minore, specificando che debba essere garantito «il consolidamento in capo al figlio di una propria identità affettiva, relazionale, sociale, da cui deriva l'interesse a mantenere il legame genitoriale acquisito, anche eventualmente in contrasto con la verità biologica della procreazione». È stato richiamato anche il noto Parere della Corte Edu relativo al riconoscimento nel diritto interno di un rapporto di filiazione tra un minore nato da una gestazione per altri effettuata all'estero e la madre intenzionale, per il quale «se il rapporto di filiazione è già diventato una "realtà pratica", la procedura prevista per il riconoscimento deve essere attuata in modo tempestivo ed efficace» (ciò che non accade in Italia con la procedura di adozione in casi particolari)<sup>16</sup>.

Il caso sottoposto all'esame della Corte, però, ha riguardato una donna che ha intenzionalmente condiviso il progetto genitoriale con un'altra donna e, per un lasso di tempo sufficientemente ampio, ha esercitato le funzioni genitoriali congiuntamente, dando vita con le figlie minori a una comunità di affetti e di cure. La circostanza che ha indotto la madre biologica a recidere un tale legame nei confronti della madre intenzionale, coincidente con il manifestarsi di situazioni conflittuali all'interno della coppia, «ha reso affatto evidente un vuoto di tutela<sup>17</sup>». La Corte, a tal punto, ha preso atto del *vulnus* presente nel nostro ordinamento e ha cercato di fornire una risposta risolutiva al problema. In un caso simile, infatti, in maniera del tutto condivisibile con l'argomentazione della Corte, pur in presenza di un rapporto di filiazione effettivo, consolidatosi nella pratica della vita quotidiana con la medesima madre intenzionale, nessuno strumento può essere utilmente adoperato per far valere i diritti delle minori: il mantenimento,

---

<sup>15</sup> Si rinvia a TONOLO, S., «L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore», *Riv. dir. int.*, 2017, pp. 1010 ss.

<sup>16</sup> Cfr. VIZZONI, L., «Quando il *best interest* del minore azzera la verità biologica. Riflessioni a partire dal caso Paradiso e Campanelli contro Italia», *Jus civile*, 2015, pp. 639-657.

<sup>17</sup> Cfr. MORETTI, M., «Domanda di adozione di una minore proposta dalla partner della madre biologica ex art. 44, comma 1, lett. d), l. 184/1983», *Jus civile*, 2017, pp. 493 ss.

la cura, l'educazione, l'istruzione, la successione e, piú semplicemente, la continuità e il conforto di abitudini condivise. La Consulta ha già avuto occasione di affermare, in linea con la giurisprudenza di legittimità in materia di accesso alla PMA, che, da un lato, non è configurabile un divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere figli, pur spettando alla discrezionalità del legislatore la relativa disciplina; dall'altro, «non esistono neppure certezze scientifiche o dati di esperienza in ordine al fatto che l'inserimento del figlio in una famiglia formata da una coppia omosessuale abbia ripercussioni negative sul piano educativo e dello sviluppo della personalità del minore»<sup>18</sup>.

La preoccupazione di cui la Corte, con la sentenza in esame, si è fatta portavoce, è forte ed è riferibile al fatto che vi sia una lacuna dell'ordinamento nel garantire tutela ai minori e ai loro migliori interessi, a fronte di quanto affermato dalla giurisprudenza delle due Corti europee, oltre che dalla giurisprudenza costituzionale, come «necessaria permanenza dei legami affettivi e familiari», anche se non biologici, e riconoscimento giuridico degli stessi, al fine di conferire certezza nella costruzione dell'identità personale.

Punto di svolta della sentenza è quello secondo cui «risulta evidente che i nati a séguito di PMA eterologa praticata da due donne versano in una condizione peggiore rispetto a quella di tutti gli altri nati, solo in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo. Essi, destinati a restare incardinati nel rapporto con un solo genitore, proprio perché non riconoscibili dall'altra persona che ha costruito il progetto procreativo, vedono gravemente compromessa la tutela dei loro preminenti interessi».

Tale è la preoccupazione della Consulta che si è spinta a rimarcare una irragionevole disparità di trattamento, che potrebbe verificarsi nel caso di specie, come quella già perpetrata ai danni dei c.d. "figli incestuosi", destinatari di limitate forme di tutela, a causa della condotta dei genitori. Ciò ha indotto la Corte a ravvisare una «*capitis diminutio* perpetua e irrimediabile», lesiva del diritto al riconoscimento formale di un proprio *status filiationis*, che è «elemento costitutivo dell'identità personale, protetta, oltre che dagli artt. 7 e 8 della Convenzione sui

---

<sup>18</sup> Si rinvia a FERLITO, I., «"Miglior interesse del bambino" e "maternità surrogata": il rischio di un valore-tiranno», in [https://www.edizioniesi.it/comparazioneDirittoci-vile/data/uploads/colonna%20sinistra/3.%20famiglia/ferlito\\_interesse2016.pdf](https://www.edizioniesi.it/comparazioneDirittoci-vile/data/uploads/colonna%20sinistra/3.%20famiglia/ferlito_interesse2016.pdf).

diritti del fanciullo, dall'art. 2 della Costituzione», e in contrasto con il principio costituzionale di eguaglianza.

A tal punto, dopo aver "aperto degli orizzonti" significativi e aver appurato – con convinta enfasi – che vi sia un «inaccettabile» vuoto di tutela rispetto ad «incomprimibili diritti dei minori», la Corte ha ritenuto di non poter porre rimedio. Ha osservato che si tratta di una materia eticamente sensibile, sulla quale dovrà intervenire il legislatore, al fine di individuare un «ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana».

Pur non delineando una soluzione, la Corte ha ritenuto opportuno precisare le modalità attraverso le quali il legislatore potrebbe (o meglio, dovrebbe) intervenire. Per la Consulta, il legislatore potrebbe (dovrebbe) procedere con la riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento, ovvero dell'introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca, con una procedura tempestiva ed efficace, la pienezza dei diritti connessi alla filiazione, specie per risolvere casi del genere (che saranno sempre più frequenti) nei quali non vi è l'accordo, e dunque l'assenso, della madre biologica all'adozione *ex art. 44, l. n. 184 del 1983*.

La seconda questione, invece, risolta dalla sentenza n. 33 del 2021, attiene alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, l. 19 febbraio 2004, n. 4010, dell'art. 64, comma 1, lett. g), l. 218 del 1995, e dell'art. 18 d.P.R. 3 novembre 2000, n. 39612, «nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestione per altri (altrimenti detta "maternità surrogata") del c.d. genitore d'intenzione non biologico<sup>19</sup>».

In maniera del tutto conforme ai suoi precedenti – senza, dunque, un deciso e fermo passo avanti, diversamente dalla n. 32 su menzionata – la Corte ha osservato che la pratica della maternità surrogata

---

<sup>19</sup> Cfr. SALANITRO, U., «Quale ordine pubblico secondo le Sezioni Unite? Tra omogenitorialità e surrogazione, all'insegna della continuità», in <https://giustiziavile.com/famiglia-e-successioni/editoriali/quale-ordine-pubblico-secondo-le-sezioni-unite-tra>; SASSI, A., STEFANELLI, S., «Ordine pubblico differenziato e diritto allo stato di figlio nella gestazione per altri», *Diritto e processo*, 2019, pp. 67-93.

«offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane». A tale prospettiva si affianca l'ulteriore considerazione che – per la Corte – «gli accordi di maternità surrogata comportino un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate».

A conferma del fatto che la Corte abbia preso in esame solo la questione relativa alla *commercial surrogacy*, vi è stato il rinvio alla Risoluzione del 13 dicembre 2016 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea nel 2015, nella quale si condanna «qualsiasi forma di maternità surrogata a fini commerciali<sup>20</sup>».

Va detto che anche in tale pronuncia, la Consulta ha affermato che bisogna andare alla «ricerca della soluzione ottimale in concreto per l'interesse del minore», declinando però tale principio con altri diritti contrapposti, parimenti rilevanti (primo fra tutti il divieto, penalmente sanzionato, di adoperare la tecnica della gestazione per altri). La Corte ha espressamente statuito che «l'interesse di un bambino accudito sin dalla nascita da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo è quello di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia, ovviamente senza che ciò abbia implicazioni quanto agli eventuali rapporti giuridici tra il bambino e la madre surrogata».

Anche tale pronuncia – come quella già esaminata – ha sottolineato che tali legami siano parte integrante della stessa identità del bambino, che vive e cresce in una determinata famiglia, o comunque – per ciò che concerne le unioni civili – nell'ambito di una determinata comunità di affetti, essa stessa dotata di riconoscimento giuridico, e certamente riconducibile al novero delle formazioni sociali tutelate dall'art. 2 Cost. È indiscutibile, a tal punto, l'interesse del bambino a che tali legami abbiano riconoscimento non solo sociale ma anche giuridico, a tutti i fini che rilevano per la vita del bambino stesso – dalla cura della sua salute, alla sua educazione scolastica, alla tutela dei suoi interessi patrimoniali e ai suoi stessi diritti ereditari –; ma anche, e prima ancora,

---

<sup>20</sup> Cfr. STEFANELLI, S., «L'Italia riconosce l'adozione straniera di minori da parte di una coppia maschile, ma solo in assenza di *surrogacy*», in <https://www.giustiziainsieme.it/en/news/74-main/129-minori-e-famiglia/1824-l-italia-riconosce-l-adozione-straniera-di-minori-da-parte-di-una-coppia-maschile-ma-solo-in-assenza-di-surrogacy-nota-a-cass-s-u-31-marzo-2021-n-9006>.

allo scopo di essere identificato dalla legge come membro di quella famiglia o di quel nucleo di affetti, composto da tutte le persone che in concreto ne fanno parte. E ciò anche laddove il nucleo in questione sia strutturato attorno ad una coppia composta da persone dello stesso sesso, dal momento che l'orientamento sessuale della coppia, come detto a più riprese, non incide di per sé sull'idoneità all'assunzione di responsabilità genitoriale. Principio fondante quest'ultimo, ribadito anche da tale pronuncia e supportato da «vivente e conforme giurisprudenza».

La sentenza n. 33 in esame, come anche la n. 32, ha ribadito, riconfermando il principio per cui i minori non possano essere “destinatari impassibili” di effetti di scelte dei genitori, che i bambini nati mediante maternità surrogata, anche negli Stati parte che vietino il ricorso a tali pratiche, ottengano un riconoscimento giuridico del «legame di filiazione» con entrambi i componenti della coppia che ne ha voluto la nascita, e che se ne sia poi presa concretamente cura<sup>21</sup>. Parte centrale dell'argomentazione è quella ove la Corte ha espressamente affermato che «né l'interesse del minore potrebbe ritenersi soddisfatto dal riconoscimento del rapporto di filiazione con il solo genitore “biologico”, come è accaduto nel caso dal quale è scaturito il giudizio *a quo*, in cui l'originario atto di nascita canadese, che designava come genitore il solo P. F., era stato trascritto nei registri di stato civile italiani. Laddove, infatti, il minore viva e cresca nell'ambito di un nucleo composto da una coppia di due persone, che non solo abbiano insieme condiviso e attuato il progetto del suo concepimento, ma lo abbiano poi continuamente accudito, esercitando di fatto in maniera congiunta la responsabilità genitoriale, è chiaro che egli avrà un preciso interesse al riconoscimento giuridico del proprio rapporto con entrambe, e non solo con il genitore che abbia fornito i propri gameti ai fini della maternità surrogata».

La Corte, dunque, sembra orientata nel senso di avanzare una “tutela piena” del minore a prescindere dal fatto che i genitori (due donne o due uomini) abbiano scelto una pratica piuttosto che un'altra per farlo nascere. Ciò a conferma del fatto che la modalità di concepimento, seppur vietata dall'ordinamento, non possa essere presa a

---

<sup>21</sup> Si veda BARBA, V., «La tutela della famiglia formata da persone dello stesso sesso», *GenIus*, 2018, pp. 68-84; LIBERATI BUCCIANI, G., *Ordine pubblico e relazioni familiari. Evoluzione della tecnica e conflitti culturali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022.

*discrimen* per differenziare gli stati di filiazione. Pare, ancóra, che l'esercizio *de facto* della genitorialità sia indice presuntivo (comunque superabile, si tratta di una presunzione semplice) del riconoscimento del rapporto di filiazione tra il minore e il padre d'intenzione (come, nel caso della sentenza n. 32, della madre di intenzione).

Per la Corte, però, in tal caso, il comunque «preminente» interesse del minore dovrà essere bilanciato, alla luce del criterio di proporzionalità<sup>22</sup>, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore e da cui discende la non possibilità di trascrizione di un provvedimento giudiziario straniero nella parte in cui attribuisce lo *status* di genitore anche al componente della coppia che abbia partecipato alla surrogazione di maternità, senza fornire i propri gameti. Sul punto, infatti, la Consulta ha operato un bilanciamento, statuendo che non si possa finire per rendere «tiranno» un diritto a favore dell'altro<sup>23</sup>.

Nonostante la “chiusura” della Corte – comunque attesa –, si è preso atto di un *vulnus* di tutela nella misura in cui la normativa italiana, anche a scapito di quanto affermato dalla Corte EDU, non preveda una procedura di costruzione di un legame *filiationis* celere<sup>24</sup>, effettiva e confacente al superiore interesse del minore, a prescindere dal fatto che il giudice di merito abbia accertato o meno in concreto la corrispondenza di tale legame agli interessi del bambino. Concorde con la sentenza n. 32 – non poteva peraltro essere smentita – la pronuncia *de qua* ha ritenuto che l'adozione in casi particolari non sia una misura adeguata, specie perché non attribuisce la genitorialità all'adottante, né vincoli di parentela tra il bambino e coloro che appaiono socialmente, e lui stesso percepisce, come i propri nonni, zii, ovvero addirittura fratelli e sorelle, nel caso in cui l'adottante abbia già altri figli

---

<sup>22</sup> Cfr. PERLINGIERI, G., «Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, pp. 10-51.

<sup>23</sup> Si veda SENIGAGLIA, R., *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Jovene, Napoli, 2013.

<sup>24</sup> Cfr. GRIMALDI, P., «Gli accordi di maternità surrogata tra autodeterminazione sulle scelte procreative, autonomia privata e *best interest of the child*», *Famiglia*, 2017, pp. 323-337; GORGONI, A., «Relazioni affettive e interesse del minore: il (discutibile) diniego delle Sezioni unite della trascrivibilità dell'atto di nascita da maternità surrogata», *Dir. succ. fam.*, 2021, pp. 574 ss.; ID., «Surroga di maternità all'estero e stato di figlio in Italia: la parola ancora alle Sezioni Unite», *Pers. merc.*, 2022, pp. 1-5.

propri, oltre a richiedere il necessario assenso del genitore “biologico”, elemento problematico data la possibilità di crisi della coppia e la eventuale “ingiustificata” rescissione del legame *filiationis* tra il figlio e il genitore d’intenzione.

In ultima battuta, dunque, la Corte, nella sentenza n. 33, affinché possa colmarsi il vuoto di tutela anzidetto, ha affidato il compito al legislatore di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata – nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica e l’imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori –.

È evidente come la «triplice tipicità fenomenologica del diritto» sia sempre attuale. Ci si attende, ora, dopo un monito così convinto della Corte costituzionale che il legislatore non faccia – ancora una volta – orecchie da mercante, ma intervenga con fermezza nel colmare *vulnus* di tutela inerenti, come nei casi *de quibus*, a delicati diritti della persona<sup>25</sup>.

## **5. Valutazione in concreto dell’ordine pubblico e riconoscimento pieno del legame biologico-intenzionale tra genitori omosessuali e figli nati mediante tecniche di procreazione vietate**

Con ordinanza interlocutoria 22 gennaio 2022, n. 1842, la Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione ha rimesso “nuovamente” alle Sezioni Unite la questione di massima di particolare importanza relativa al riconoscimento del legame biologico-intenzionale tra due genitori omosessuali che hanno fatto ricorso alla tecnica della maternità surrogata all’estero e il proprio figlio minore. Tale questione ha dato la possibilità alla Corte di Cassazione, dopo la pronuncia della Corte costituzionale in tema (n. 33/2021), di rivedere il diritto vivente

---

<sup>25</sup> Cfr. CHIAPPETTA, G., «Le sentenze della Corte costituzionale n. 32 e n. 33 del 2021 e l’applicabilità dell’art. 279 c.c.», in <https://www.giustiziainsieme.it/en/minori-e-famiglia/1825-le-sentenze-della-corte-costituzionale-n-32-e-n-33-del-2021-e-l-applicabilita-dell-art-279-c-c>.

esistente, rappresentato dalla sentenza n. 12193/2019 della Corte di legittimità, ma completamente stravolto dalla pronuncia monitoria della Consulta. Tale ordinanza ha evidenziato che la possibilità del ricorso all'istituto dell'adozione "in casi particolari" da parte del genitore di "intenzione", a norma dell'art. 44, co. 1, lett. d), l. n. 184/1983, ritenuta percorribile dalle Sezioni Unite, nella richiamata sentenza n. 12193/2019, e idonea a tutelare i diritti del bambino, non determina un vero rapporto di filiazione e non comporta né la effettività né la tempestività del riconoscimento del rapporto di filiazione ritenuta necessaria dalla Corte Edu<sup>26</sup>.

È irragionevole riconoscere il rapporto di genitorialità in capo al genitore biologico e non a quello di "intenzione", posto che è il primo ad essere coinvolto direttamente nella pratica procreativa, ritenuta illecita nel nostro ordinamento e in contrasto con l'ordine pubblico internazionale. È stato sottolineato che, proprio perché, in realtà, il legislatore non ha effettuato alcun bilanciamento in via generale e astratta al riguardo, è tanto più irragionevole, oltre che contrario ai principi consolidati della giurisprudenza costituzionale, precludere al giudice la possibilità di valutare, caso per caso, la possibile contrarietà all'ordine pubblico del riconoscimento del legame di filiazione con il genitore di "intenzione", con ciò sacrificando automaticamente la tutela dei diritti del bambino senza compiere alcuna valutazione della legislazione vigente nel paese in cui è avvenuta la gestazione per altri e, specificamente, la effettività delle garanzie, fornite dall'ordinamento straniero, per tutelare la volontà della donna e, non da ultimo, senza valutare il concreto interesse del minore al riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore intenzionale.

La Corte Costituzionale ha rilevato, proprio sul punto, che il ricorso all'adozione "in casi particolari" di cui all'art. 44, comma 1, lettera d), l. n. 184 del 1983, ritenuto esperibile dalla sentenza n. 12193/2019, costituisce una forma di tutela degli interessi del minore che è certo significativa, ma non è ancora del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali rammentati; infatti, l'adozione "in casi

---

<sup>26</sup> Si veda LONARDO, L., «Rapporti transnazionali e diritto civile costituzionale», Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1988; MALOMO, A., «Divieto di maternità surrogata in Italia, nascita all'estero mediante tecnica di gestazione per altri e riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore "intenzionale"», *Dir. succ. fam.*, 2021, pp. 409-424.



particolari” non attribuisce la genitorialità all’adottante. Tuttavia, in un ordinamento costituzionale, improntato alla realizzazione di uno Stato di diritto, che tutela e garantisce il rispetto dei diritti inviolabili della persona, della famiglia e di ogni formazione sociale ove si sviluppa la sua personalità, non può essere concepita una categoria di diritti inviolabili e fondamentali, sospensivamente condizionata *sine die* all’intervento del legislatore, perché ciò costituirebbe un’evidente contraddizione in termini nella esplicazione della giurisdizione costituzionale, istituita proprio per garantire l’applicazione delle norme costituzionali e tutelare i diritti fondamentali che ne derivano. Se ci si riporta a tale corretto metodo di analisi sembra davvero poco opinabile che con la delibazione di una sentenza si recepisca nel nostro ordinamento non l’accordo di maternità surrogata e tanto meno la legittimità di una pratica procreativa che in Italia è sancita dal divieto penale. Quello che si recepisce piuttosto, garantendone l’efficacia, è l’atto di assunzione di responsabilità genitoriale da parte del soggetto che ha deciso di essere coinvolto, prestando il suo consenso, nella decisione del suo *partner* di scegliere ed utilizzare la tecnica di procreazione medicalmente assistita in questione. Un consenso diviene irrevocabile nel momento in cui inizia il processo procreativo e ciò per un fondamentale principio di responsabilità che riguarda ogni forma di procreazione e che trova nella tutela dei diritti inviolabili del minore la sua ragione d’essere<sup>27</sup>.

Si tratta evidentemente di dare efficacia in Italia a un riconoscimento del rapporto di filiazione che è già avvenuto nell’ordinamento in cui il minore è nato per dare continuità al suo *status* e ai diritti che ne derivano nei confronti dei soggetti responsabili della sua nascita evitando così i gravi pregiudizi che conseguirebbero alla rimodulazione della sua identità e alla eliminazione di una figura genitoriale.

Lo stigma che deriva dal divieto della surrogazione di maternità non può incidere su questi effetti che non pongono affatto in discussione la illiceità della pratica della surrogazione. Né il riconoscimento dello *status* nei confronti del genitore intenzionale può essere percepito come negazione del principio del *favor veritatis* in tema di filiazione in insanabile contrasto con il divieto di surrogazione.

---

<sup>27</sup> Cfr. PERLINGIERI, G., «Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata», *Dir. succ. fam.*, 2018, pp. 337 ss.; SALVI, G., *Percorsi giurisprudenziali in tema di omogenitorialità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018.

Una condizione preliminare perché questa compatibilità possa ipotizzarsi ed essere poi verificata è che la valutazione di coerenza all'ordine pubblico insito nella norma che sanziona il divieto di surrogazione deve essere compiuta non in astratto ma con riferimento ad ogni singolo caso concreto sia pure alla luce di criteri che abbiano validità generale.

Un'altra condizione è che la valutazione sia guidata dal criterio della inerenza nell'individuazione dei valori costituzionali in potenziale condizione di conflitto e dai principi di proporzionalità e ragionevolezza nella formulazione del bilanciamento, cui deve pervenire il giudicante, senza che vi sia una aprioristica definizione di prevalenza di un interesse in gioco, neanche di quello del minore, sia pure non disattendendo il principio ribadito dalla Corte Costituzionale della preminenza degli interessi del minore declinato nella direzione della costante ricerca della "soluzione ottimale in concreto" da privilegiare.

La Corte ha sottolineato che non può non ritenersi che la donna, che accetta di portare a termine una gravidanza anche nella prospettiva di non diventare la madre del bambino che partorerà, è in una condizione di soggezione che può essere considerata non lesiva della sua dignità solo se sia il frutto di una scelta libera e consapevole, indipendente da contropartite economiche e se tale scelta sia revocabile sino alla nascita del bambino. Se queste condizioni non sussistono e non sono effettive nell'ordinamento del paese in cui avviene la procreazione mediante gestazione per altri, la violazione della dignità della donna assume un rilievo talmente importante da consentire il rifiuto della delibazione (e della trascrizione) sempre però in una ottica di valutazione, caso per caso, della soluzione che rispetti anche gli interessi del minore. Per quanto attiene, invece, all'interferenza lesiva delle tecniche di surrogazione di maternità sull'istituto della adozione, la valutazione degli interessi costituzionalmente rilevanti non può che riferirsi, in primo luogo, alla tutela del minore da pratiche elusive e illegali intese a vanificare le norme che lo garantiscono, specificamente nei procedimenti di adozione internazionale, da qualsiasi forma di mercificazione<sup>28</sup>.

La recente sentenza delle Sezioni Unite (31 marzo 2021, n. 9006) ha affermato che non contrasta con i principi di ordine pubblico internazionale il riconoscimento degli effetti del provvedimento

---

<sup>28</sup> Cfr. BIANCA, M., «La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore», *Famiglia*, 2019, pp. 385 ss.

giurisdizionale straniero di adozione di un minore da parte di una coppia omo-affettiva maschile che attribuisca lo *status* genitoriale secondo il modello dell'adozione piena, non costituendo elemento ostativo il fatto che il nucleo familiare sia omo-genitoriale, ove sia esclusa la preesistenza di un accordo di surrogazione di maternità a fondamento della filiazione. La soluzione del diniego generalizzato di riconoscimento del genitore intenzionale non è l'unica soluzione adottabile dal legislatore e dall'interprete.

L'adempimento del monito della Corte Costituzionale consentirebbe di fruire di uno strumento processuale più adeguato e calibrato sui valori costituzionali rispetto alla delibazione di una sentenza straniera o alla trascrizione di un atto di nascita, ma è anche vero che una valutazione, caso per caso, in questi procedimenti, attualmente disponibili, consente di valutare la portata elusiva del comportamento dei richiedenti la delibazione in una logica di verifica concreta del conflitto con l'ordine pubblico internazionale. Si deve sottolineare che il legislatore non ha effettuato alcun bilanciamento "in via generale e astratta" al riguardo. Per tale ragione, sarebbe ancora più irragionevole, oltre che contrario ai principi consolidati della giurisprudenza costituzionale, precludere al giudice la possibilità di valutare, caso per caso, la possibile contrarietà all'ordine pubblico del riconoscimento del legame di filiazione con il genitore di "intenzione", con ciò sacrificando automaticamente la tutela dei diritti del bambino senza compiere alcuna valutazione della legislazione vigente nel paese in cui è avvenuta la gestazione per altri e, specificamente, la effettività delle garanzie, fornite dall'ordinamento straniero, per tutelare la volontà della donna e, non da ultimo, senza valutare il concreto interesse del minore al riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore intenzionale<sup>29</sup>.

Inoltre, le Sezioni Unite sarebbero anche vincolate dalla recentissima decisione della Consulta, la quale ha esaminato la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni che escludono, nelle adozioni di minori "in casi particolari", l'esistenza di "rapporti civili" tra il bambino adottato e i parenti dell'adottante (art. 55, l. n. 184 del 1983 e art. 300, comma 2, c.c.).

---

<sup>29</sup> Si rinvia a SARTORIS, C., «Maternità surrogata e tutela dell'interesse del minore», in <http://www.personaemercato.it/maternita-surrogata-e-tutela-dellinteresse-del-minore-di-chiara-sartoris/>.

## 6. L'adozione in casi particolari "con funzione contestuale" quale soluzione "unificante"

La Corte costituzionale, con sentenza 28 marzo 2022, n. 79, è intervenuta, infatti, su di una questione già ampiamente discussa in giurisprudenza e, soprattutto, in dottrina: l'adozione in casi particolari e l'instaurazione di rapporti civili tra l'adottato e i parenti dell'adottante.

Il Tribunale ordinario per i minorenni dell'Emilia Romagna ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 31 e 117, co. 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 Cedu, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 55 l. n. 184 del 1983, (Diritto del minore ad una famiglia), nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, co. 2, c.c., stabilisce che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante.

Il ricorrente nel giudizio *a quo* ha chiesto, ai sensi dell'art. 44, co. 1, lett. d), l. n. 184 del 1983, di adottare una minore, che è figlia biologica del *partner* a cui è legato con un'unione civile e con il quale ha condiviso un percorso di fecondazione assistita, effettuato all'estero, che ha consentito la nascita della bambina. Il giudice *a quo* ha affermato di poter accogliere la domanda di adozione, ma non la richiesta di riconoscimento dei rapporti civili della minore con i parenti del ricorrente. Di ostacolo a tale accoglimento sarebbe il rinvio che l'art. 55, l. n. 184 del 1983 opera all'art. 300, comma 2 c.c., nella parte in cui stabilisce che l'adozione non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante, salve le eccezioni stabilite dalla legge. Per il medesimo rimettente, l'esclusione, nella disciplina dell'adozione in casi particolari, dei rapporti civili fra l'adottato e i parenti dell'adottante arreherebbe un *vulnus* agli artt. 3 e 31 Cost., in quanto contrasterebbe con il principio di parità di trattamento di tutti i figli, nati all'interno o fuori dal matrimonio e adottivi, che trova la sua fonte costituzionale negli artt. 3 e 31 Cost. ed è stato inverteo dalla riforma sulla filiazione (l. 10 dicembre 2012, n. 219) e dal rinnovato art. 74 c.c. che ha reso unico senza distinzioni il vincolo di parentela che scaturisce dagli *status* filiali con la sola eccezione dell'adozione del maggiorenne. Violerebbe, inoltre, l'art. 117, co. 1 Cost., in riferimento all'art. 8 Cedu, in quanto impedirebbe al minore inserito nella famiglia costituita dall'unione civile di godere pienamente della sua "vita privata e familiare" intesa in senso

ampio, comprensiva di ogni espressione della personalità e dignità della persona ed anche del diritto alla identità dell'individuo<sup>30</sup>.

La Corte, dunque, ha dovuto valutare se il diniego di relazioni familiari tra l'adottato e i parenti dell'adottante abbia determinato, in contrasto con gli artt. 3 e 31 Cost., un trattamento discriminatorio del minore adottato rispetto all'unicità dello *status* di figlio e alla condizione giuridica del minore, avendo riguardo alla *ratio* della normativa che associa a tale *status* il sorgere dei rapporti parentali. Da una lettura sistematica delle norme, dunque, il minore adottato ha lo *status* di figlio e nondimeno si vede privato del riconoscimento giuridico della sua appartenenza proprio a quell'ambiente familiare, che il giudice è chiamato, per legge, a valutare, al fine di deliberare in merito all'adozione. Ne consegue che, a dispetto della unificazione dello *status* di figlio, al solo minore adottato in casi particolari vengono negati i legami parentali con la famiglia del genitore adottivo. Irragionevolmente un profilo così rilevante per la crescita e per la stabilità di un bambino viene regolato con la disciplina di un istituto, qual è l'adozione del maggiore d'età, plasmato su esigenze prettamente patrimoniali e successorie<sup>31</sup>.

Per la Corte, la norma censurata priva il minore della rete di tutele personali e patrimoniali scaturenti dal riconoscimento giuridico dei legami parentali, che il legislatore della riforma della filiazione, in attuazione degli artt. 3, 30 e 31 Cost., ha voluto garantire a tutti i figli a parità di condizioni, perché tutti i minori possano crescere in un ambiente solido e protetto da vincoli familiari, a partire da quelli più vicini, con

---

<sup>30</sup> Si rinvia, sul punto, a ZACCARO, G., «Adozione da parte di coppie omosessuali, stepchild adoption e interesse del minore», in [https://www.questionegiustizia.it/articolo/adozione-da-parte-di-coppie-omosessuali-stepchild-adoption-e-interesse-del-minore\\_04-09-2014.php](https://www.questionegiustizia.it/articolo/adozione-da-parte-di-coppie-omosessuali-stepchild-adoption-e-interesse-del-minore_04-09-2014.php); ACETO DI CAPRIGLIA, S., «La stepchild adoption e il fenomeno delle coppie same sex nel diritto europeo contemporaneo», *Federalismi*, 2020, pp. 3-42; CARIMINI, F., «La stepchild adoption: una scelta "consapevole" tra esercizio delle libertà ed assunzione di responsabilità», *Dir. succ. fam.*, 2018, pp. 50 ss.; CORSO, S., «Sfumature applicative dell'adozione mite, tra conferma di una soluzione e attesa di un ripensamento», *Fam. dir.*, 2022, pp. 252 ss.; FERRANDO, G., «L'adozione in casi particolari alla luce della più recente giurisprudenza», *Dir. succ. fam.*, 2017, pp. 96 ss.; PANE, R., «Unioni same sex e adozioni in casi particolari», *Dir. succ. fam.*, 2017, pp. 500 ss.; POLISENO, B., «La funzione sociale dell'adozione in casi particolari tra coppie di fatto e persone single: un giusto incentivo per il legislatore», *Questione Giustizia*, 2019, pp. 109 ss.

<sup>31</sup> Cfr. BIANCA, C. M., «Note per una revisione dell'istituto dell'adozione», *Jus civile*, 2018, pp. 1-19.

i fratelli e con i nonni. Al contempo, la disciplina censurata lede il minore nell'identità che gli deriva dall'inserimento nell'ambiente familiare del genitore adottivo e, dunque, dall'appartenenza a quella nuova rete di relazioni, che di fatto vanno a costruire stabilmente la sua identità. La connotazione discriminatoria della norma censurata non può, d'altro canto, reputarsi superata adducendo, quale ragione giustificativa della diversità di trattamento del minore adottato in casi particolari, la circostanza che tale adozione non recide i legami con la famiglia d'origine<sup>32</sup>.

Anche la più recente giurisprudenza di legittimità ha sottolineato che l'adozione in casi particolari *ex art. 44* crea un vincolo di filiazione giuridica che si sovrappone a quello di sangue, non estinguendo il rapporto con la famiglia di origine. Per tali ragioni, poiché il riconoscimento al minore di legami familiari con i parenti del genitore, in conseguenza dell'acquisizione dello stato di figlio, riveste un significato pregnante e rilevante nella nozione di "vita familiare" e va a comporre la stessa identità del bambino, la Corte ha ritenuto che la norma censurata, ponendosi in contrasto con l'art. 8 Cedu, oltre a violare gli artt. 3 e 31 Cost., violi gli obblighi internazionali di cui all'art. 117, co. 1, Cost. La declaratoria di illegittimità costituzionale rimuove, dunque, per la Corte, un ostacolo all'effettività della tutela offerta dall'adozione in casi particolari e consente a tale istituto, la cui disciplina tiene in equilibrio molteplici istanze implicate nella complessa vicenda, di garantire una piena protezione all'interesse del minore.

Tale ultima decisione, dunque, sulla scorta dell'inerzia del Legislatore, invitato più volte ad intervenire sul tema, è del tutto conforme al principio dell'interesse superiore del minore, che "obbliga" Legislatore e giudici ad intervenire costantemente e in maniera decisa per tutelare la dignità dei minori, affinché questi possano avere il diritto di vivere in una famiglia "naturale", ovvero, in quella nella quale primariamente sono nati (e grazie ai quali sono venuti alla luce) e nei quali ricevono cure, affetto, sentimenti, legami, formanti un'identità da riconoscere, garantire, preservare e tutelare (art. 2 Cost.). Ancora una volta, così come già ampiamente argomentato, i minori non possono "subire" le conseguenze *de facto* e *de jure* di comportamenti assunti dagli adulti. L'adulto è consapevole delle scelte, il minore, nella sua

---

<sup>32</sup> Si veda TROISI, C., «Dall'adozione in casi particolari alla tutela della coppia omoaffettiva», *Dir. fam. pers.*, 2017, pp. 578 ss.

innocenza e vulnerabilità, no. Ed è per tale motivo che va necessariamente apprestata una tutela orientata al suo preminente interesse<sup>33</sup>.

Probabilmente, in dottrina, i tradizionalisti-strutturalisti potrebbero obiettare nel senso che un'apertura simile possa snaturare l'istituto dell'adozione in casi particolari. A tale, pur costruttiva critica, potrebbe risponderci che ad un legislatore dormiente vi sia (per fortuna!) una Corte costituzionale sveglia e attenta. Se ogni istituto ha una sua struttura, nella quale ricadono i suoi tratti caratteristici, e una sua funzione, che dovrà essere sempre costituzionalmente meritevole, nulla vieta che, per raggiungere una funzione imposta dalla Costituzione e dalle Carte internazionali (il miglior interesse del minore<sup>34</sup>), anche la struttura possa cambiare. Certo, sarebbe preferibile possa farlo il legislatore ma, nell'assopimento generale nel quale è avvolto da molti anni a questa parte a scapito dei diritti fondamentali, ben accolto sia l'intervento e l'operato della Corte costituzionale. Magari, se fosse intervenuto, si sarebbe potuto creare un istituto *ad hoc*, che avesse evitato una "temibile" (e "temuta") disfunzione dell'adozione in casi particolari che, si ripete, si è imposta in maniera essenziale e necessitata. Non è di disfunzione che bisognerebbe parlare, bensì di "funzione contestuale", ovvero quella per cui cambia la struttura al variare della funzione pur sempre meritevole di tutela (come nel caso di specie). Probabilmente una simile struttura, alla quale è stata riconosciuta una funzione "ingabbiata" *ex ante*, senza tener conto della contingenza mutevole della storia giuridica e sociale, non reggeva (così come non regge) più<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Si rinvia a CHIAPPETTA, G., «*Favor veritatis* ed attribuzione dello *status filiationis*», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, pp. 145-186; CORAPI, G., «La tutela dell'interesse superiore del minore», *Dir. succ. fam.*, 2018, pp. 799 ss.

<sup>34</sup> Cfr. SENIGAGLIA, R., «*The best interest of the child* tra persona e contratto», *Dir. succ. fam.*, 2020, pp. 825 ss.

<sup>35</sup> Si consenta rinviare a TREZZA, R., «I correttivi "funzionali" all'istituto dell'adozione in casi particolari», *Familia*, 2022, pp. 1-16.

## Bibliografia

ACETO DI CAPRIGLIA, S., «La questione aperta sulla maternità delegata: scenari inediti e vaglio di costituzionalità. Prospettive multilivello e comparata», *Dir. succ. fam.*, 2021, pp. 309 ss.;

ACETO DI CAPRIGLIA, S., «La stepchild adoption e il fenomeno delle coppie same sex nel diritto europeo contemporaneo», *Federalismi*, 2020, pp. 3-42;

BARBA, V., «La trascrizione dei certificati di nascita tra sindaci, giudici e Sezioni Unite: dieci brevi contributi per un dibattito attuale», *Articolo29*, 2018, pp. 1-11;

BARBA, V., «La tutela della famiglia formata da persone dello stesso sesso», *GenIus*, 2018, pp. 68-84;

BARBA, V., «Ordine pubblico e gestazione per sostituzione», *GenIus*, 2019, pp. 1-24;

BARBA, V., «Procreazione medicalmente assistita eterologa omosessuale: c'è differenza se il figlio nasce in Italia o all'estero. Intorno a tre recenti sentenze della Cassazione», *Dir. suc. fam.*, 2021, pp. 819 ss.;

BERTI DE MARINIS, G., «Maternità surrogata e tutela dell'interesse del minore: una lettura critica alla luce di un recente intervento della Corte EDU», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, pp. 287-312;

BIANCA, C. M., «Note per una revisione dell'istituto dell'adozione», *Jus civile*, 2018, pp. 1-19;

BIANCA, M., «La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore», *Familia*, 2019, pp. 385 ss.;

CARIMINI, F., «La stepchild adoption: una scelta "consapevole" tra esercizio delle libertà ed assunzione di responsabilità», *Dir. succ. fam.*, 2018, pp. 50 ss.;

CHIAPPETTA, G., «*Favor veritatis* ed attribuzione dello *status filiationis*», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, pp. 145-186;

CHIAPPETTA, G., «Le sentenze della Corte costituzionale n. 32 e n. 33 del 2021 e l'applicabilità dell'art. 279 c.c.», in <https://www.giustiziainsieme.it/en/minori-e-famiglia/1825-le-sentenze-della-corte-costituzionale-n-32-e-n-33-del-2021-e-l-applicabilita-dell-art-279-c-c>;

CORAPI, G., «La tutela dell'interesse superiore del minore», *Dir. succ. fam.*, 2018, pp. 799 ss.;



CORSO, S., «Sfumature applicative dell'adozione mite, tra conferma di una soluzione e attesa di un ripensamento», *Fam. dir.*, 2022, pp. 252 ss.;

FARAONI, A. B., *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Giuffrè, Milano, 2002;

FAZIO, E., «*Status filiationis* e tutele dei figli non riconosciuti e non riconoscibili», *Jus civile*, 2018, pp. 31-41;

FERLITO, I., «“Miglior interesse del bambino” e “maternità surrogata”: il rischio di un valore-tiranno», in [https://www.edizioniesi.it/com-parazioneDirittocivile/data/uploads/colonna%20sinistra/3.%20famiglia/ferlito\\_interesse2016.pdf](https://www.edizioniesi.it/com-parazioneDirittocivile/data/uploads/colonna%20sinistra/3.%20famiglia/ferlito_interesse2016.pdf);

FERRANDO, G., «L'adozione in casi particolari alla luce della più recente giurisprudenza», *Dir. succ. fam.*, 2017, pp. 96 ss.;

GORGONI, A., «La rilevanza della filiazione non genetica», *Dir. succ. fam.*, 2018, pp. 166 ss.;

GORGONI, A., «Relazioni affettive e interesse del minore: il (discutibile) diniego delle Sezioni unite della trascrivibilità dell'atto di nascita da maternità surrogata», *Dir. succ. fam.*, 2021, pp. 574 ss.;

GORGONI, A., «Surroga di maternità all'estero e stato di figlio in Italia: la parola ancora alle Sezioni Unite», *Pers. merc.*, 2022, pp. 1-5;

GRIMALDI, P., «Gli accordi di maternità surrogata tra autodeterminazione sulle scelte procreative, autonomia privata e *best interest of the child*», *Famiglia*, 2017, pp. 323-337;

LIBERATI BUCCIANI, G., *Ordine pubblico e relazioni familiari. Evoluzione della tecnica e conflitti culturali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022;

LONARDO, L., «Rapporti transnazionali e diritto civile costituzionale», Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1988;

MALOMO, A., «Divieto di maternità surrogata in Italia, nascita all'estero mediante tecnica di gestazione per altri e riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore “intenzionale”», *Dir. succ. fam.*, 2021, pp. 409-424;

MORETTI, M., «Domanda di adozione di una minore proposta dalla partner della madre biologica ex art. 44, comma 1, lett. d), l. 184/1983», *Jus civile*, 2017, pp. 493 ss.;

PANE, R., «L'adozione piena dei minori tra vecchi e nuovi problemi. Spunti di riflessione in tema di omogenitorialità», *Dir. succ. fam.*, 2016, pp. 474 ss.;

PANE, R., «Unioni *same sex* e adozioni in casi particolari», *Dir. succ. fam.*, 2017, pp. 500 ss.;

PERLINGIERI, G., «Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata», *Dir. succ. fam.*, 2018, pp. 337 ss.;

PERLINGIERI, G., «Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, pp. 10-51;

PERLINGIERI, G., ZARRA, G., *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019;

POLISENO, B., «La funzione sociale dell'adozione in casi particolari tra coppie di fatto e persone single: un giusto incentivo per il legislatore», *Questione Giustizia*, 2019, pp. 109 ss.;

ROTONDO, V., «Sull'attualità dei requisiti soggettivi di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita: il caso delle coppie omosessuali femminili», *Dir. succ. fam.*, 2021, pp. 146 ss.;

SALANITRO, U., «Quale ordine pubblico secondo le Sezioni Unite? Tra omogenitorialità e surrogazione, all'insegna della continuità», in <https://giustiziacivile.com/famiglia-e-successioni/editoriali/quale-ordine-pubblico-secondo-le-sezioni-unite-tra>;

SALVI, G., *Percorsi giurisprudenziali in tema di omogenitorialità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018;

SARTORIS, C., «Maternità surrogata e tutela dell'interesse del minore», in <http://www.personaemercato.it/maternita-surrogata-e-tutela-dellinteresse-del-minore-di-chiara-sartoris/>;

SASSI, A., STEFANELLI, S., «Ordine pubblico differenziato e diritto allo stato di figlio nella gestazione per altri», *Diritto e processo*, 2019, pp. 67-93;

SENIGAGLIA, R., *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Jovene, Napoli, 2013;

SENIGAGLIA, R., «*The best interest of the child* tra persona e contratto», *Dir. succ. fam.*, 2020, pp. 825 ss.;

STEFANELLI, S., «L'Italia riconosce l'adozione straniera di minori da parte di una coppia maschile, ma solo in assenza di *surrogacy*», in <https://www.giustiziainsieme.it/en/news/74-main/129-minori-e-famiglia/1824-l-italia-riconosce-l-adozione-straniera-di-minori-da-parte-di-una-coppia-maschile-ma-solo-in-assenza-di-surrogacy-nota-a-cass-s-u-31-marzo-2021-n-9006>;

STEFANELLI, S., *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2020;

TONOLO, S., «L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore», *Riv. dir. int.*, 2017, pp. 1010 ss.;

TREZZA, R., «I correttivi "funzionali" all'istituto dell'adozione in casi particolari», *Familia*, 2022, pp. 1-16;

TREZZA, R., «Maternità surrogata: ordine pubblico o *best interest of the child?*», *Federalismi*, 2020, pp. 278-308;

TREZZA, R., «Ordine pubblico e legame biologico-intenzionale tra genitori omosessuali e figlio nato da maternità surrogata», *Familia*, 2022, pp. 235 ss.;

TROISI, C., «Dall'adozione in casi particolari alla tutela della coppia omoaffettiva», *Dir. fam. pers.*, 2017, pp. 578 ss.;

TULLIO, L., «Nascere da madre surrogata e vivere inseguendo un legame. Il lungo cammino delle gemelle Mennesson», *Dir. succ. fam.*, 2020, pp. 1057 ss.;

VARANO, C., «La maternità surrogata e l'interesse del minore: problemi e prospettive nazionali e transnazionali», *Fam. dir.*, 2017, pp. 825-836;

VIZZONI, L., «Quando il *best interest* del minore azzera la verità biologica. Riflessioni a partire dal caso Paradiso e Campanelli contro Italia», *Jus civile*, 2015, pp. 639-657;

ZACCARO, G., «Adozione da parte di coppie omosessuali, stepchild adoption e interesse del minore», in [https://www.questionegiustizia.it/articolo/adozione-da-parte-di-coppie-omosessuali-stepchild-adoption-e-interesse-del-minore\\_04-09-2014.php](https://www.questionegiustizia.it/articolo/adozione-da-parte-di-coppie-omosessuali-stepchild-adoption-e-interesse-del-minore_04-09-2014.php).

CONSIGLIO SCIENTIFICO-EDITORIALE  
SAPIENZA UNIVERSITÀ EDITRICE

*Presidente*

UMBERTO GENTILONI

*Membri*

ALFREDO BERARDELLI  
LIVIA ELEONORA BOVE  
ORAZIO CARPENZANO  
GIUSEPPE CICCARONE  
MARIANNA FERRARA  
CRISTINA LIMATOLA

## COLLANA CONVEGNI

Per informazioni sui volumi precedenti della collana, consultare il sito:  
[www.editricesapienza.it](http://www.editricesapienza.it) | *For information on the previous volumes included  
in the series, please visit the following website: [www.editricesapienza.it](http://www.editricesapienza.it)*

57. Tempi di lavoro e di riposo  
Leggi nazionali, norme europee e interventi della Corte di Giustizia  
*Stefano Bellomo e Arturo Maresca*
58. Aldo Visalberghi e la scuola di Dottorato consortile  
in Pedagogia sperimentale  
*Guido Benvenuto*
59. Metodi, applicazioni, tecnologie  
Colloqui del dottorato di ricerca in Storia, Disegno e Restauro  
dell'Architettura  
*Arianna Carannante, Simone Lucchetti, Sofia Menconero, Alessandra Ponzetta*
60. Nuovi studi di fraseologia e paremiologia  
Atti del Primo Convegno Dottorale Phrasis  
*Maria Teresa Badolati, Federica Floridi, Suze Anja Verkade*
61. Rappresentazione, Architettura e Storia  
La diffusione degli ordini religiosi in Italia e nei Paesi del Mediterraneo  
tra Medioevo ed Età Moderna  
*Rossana Ravesi, Roberto Ragione, Sara Colaceci*
62. Social Network, formazione del consenso, intelligenza artificiale  
Itinerario di un percorso di ricerca di Beniamino Caravita  
*Anna Poggi, Federica Fabrizzi, Federico Savastano*
63. Memorie, bussole, cambiamenti  
Didattica e ricerca sugli studi delle donne e di genere  
*Annalisa Perrotta e Maria Serena Sapegno*
64. Minorities and Diasporas in Turkey  
Public Images and Issues in Education  
*Fulvio Bertuccelli, Mihaela Gavrila, Fabio L. Grassi*
65. La città come istituzione, entro e oltre lo Stato  
*Giuseppe Allegri, Laura Frosina, Alessandro Guerra, Andrea Longo*
66. Nuovi paradigmi della filiazione  
Atti del Primo Congresso Internazionale di Diritto  
delle Famiglie e delle Successioni  
*Vincenzo Barba, Ettore William Di Mauro, Bruno Concas, Valentino Ravagnani*





**L'** opera raccoglie, in seguito al Primo Congresso Internazionale di Diritto delle Famiglie e delle Successioni “Nuovi paradigmi della filiazione”, gli scritti di autori italiani, spagnoli e latino-americani i quali, attraverso un confronto tra gli ordinamenti, riflettono a vario titolo sui nuovi paradigmi della filiazione e sulle loro implicazioni nel diritto delle famiglie e nel diritto successorio, con particolare attenzione alle rilevanti questioni di diritto internazionale privato. Attraverso un approccio sistematico e assiologico l’opera mira ad analizzare il mutato contesto familiare – dalla famiglia alle famiglie – e a valutarne le molteplici conseguenze che impongono una rilettura degli istituti tradizionali nel rispetto dei principi degli ordinamenti presi in considerazione. La multiparentalità, le tecniche di riproduzione assistita, l’evoluzione dei rapporti di filiazione e tutti i nuovi temi posti dall’evoluzione sociale in campo familiare, che spesso sfuggono ai confini nazionali, richiedono infatti all’interprete un bilanciamento nel caso concreto con particolare – ma non esclusivo – riferimento al miglior interesse del minore.

**Vincenzo Barba** è Professore ordinario di Diritto Privato presso La Sapienza Università di Roma. Autore di sette monografie e più di duecento saggi pubblicati su riviste nazionali e internazionali. Responsabile di numerosi progetti di ricerca nazionali e internazionali. Direttore del Gruppo di ricerca internazionale T.O.I. (*Tandem Obtinet Iustitia*). Profesor Distinguido de la Universidad de La Habana. Socio ordinario della Società Italiana degli Studiosi di diritto civile.

**Ettore William Di Mauro** è ricercatore in Diritto Privato presso La Sapienza Università di Roma.

**Bruno Concas** è dottorando in Diritto Privato presso La Sapienza Università di Roma.

**Valentino Ravagnani** è dottorando in Diritto Privato presso La Sapienza Università di Roma.

ISBN 978-88-9377-295-2



9 788893 772952

