

CAPITOLO PRIMO

IL FONDAMENTO COSTITUZIONALE DELLA PATERNITA'

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La paternità nella Costituzione: dai lavori dell'Assemblea Costituente alla redazione degli artt. 29, 30 e 31 Cost. - 2.1. Il disegno costituzionale: la ricerca di un fondamento della paternità naturale. - 3. La previsione costituzionale della tutela della maternità. - 3.1. Dalla protezione della maternità alla tutela della "genitorialità". - 3.2. Il "privilegio" della maternità nella costituzione dello *status* di figlio. - 4. La tutela dei rapporti familiari nella prospettiva del riconoscimento dei "diritti inviolabili" dell'uomo. - 4.1. Dal diritto alla sessualità al "diritto alla sessualità verso la procreazione". - 4.2. Il diritto alla procreazione naturale. - 5. L'art. 30, comma 1° Cost. e il principio di responsabilità genitoriale. - 6. Progressiva emersione di un "diritto alla paternità". Rilevanza costituzionale?

1. Premessa.

Un discorso giuridico sulla posizione del padre nell'attuale ordinamento risulta, in via preliminare, particolarmente complesso a causa della difficoltà di dare una definizione "certa" della famiglia e dalla convinzione, oggi diffusamente seguita, per cui la materia del diritto familiare e la nozione stessa di famiglia sia qualcosa di inafferrabile perché di continuo esposta ai mutamenti politici, sociali, culturali dell'epoca¹.

Lo studio dell'evoluzione della concezione della comunità familiare, infatti, dal codice napoleonico fino ai nostri giorni², segnala, in via generale, una progressiva frammentazione della definizione giuridica di famiglia e la comparsa di nuovi "modelli

¹ P. RESCIGNO, *Nuove prospettive giuridiche per le famiglie ricomposte*, in *Nuove costellazioni familiari*, a cura di S. Mazzoni, Giuffré, Milano, 2002, p. 69 ss.; R. BIAGI GUERINI, *Famiglia e Costituzione*, Giuffré, Milano, 1989, p. 2. L'a. rileva, altresì, come tale incertezza interpretativa si rifletta inevitabilmente sulla collocazione che la famiglia riceve nel testo costituzionale in ragione del rapporto esistente tra la protezione costituzionale del nucleo familiare e quella accordata ai suoi componenti *uti singuli*.

² M. BESSONE, G. ALPA, A. D'ANGELO, G. FERRANDO, M. R. SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto*, Zanichelli, Bologna, 1999, p. 9, ove si rileva come in realtà la disciplina sulla famiglia del codice civile del 1942, approvato definitivamente ed entrato in vigore già nel 1939, non mutava di molto quella del codice previgente (1865), e si ricollegava idealmente al modello di famiglia delineato nel Codice napoleonico (1804).

familiari”³.

E’ stato efficacemente posto in luce come già con la riforma del 1975, ad un modello unitario unico “si sostituiscono una pluralità di esperienze possibili, tutte positivamente valutate dal legislatore” al punto che la stessa famiglia legittima organizzata sui principi dell’accordo coniugale e dell’autonomia familiare “pare più una cornice di libertà che un modello rigido”⁴.

Segnatamente, accanto alla famiglia legittima⁵ si configura la famiglia di fatto⁶ di cui si avverte l’esigenza di individuare il regime giuridico.

A ciò si aggiunga, altresì, la constatazione, paventata dalla dottrina testé citata, secondo cui nell’attuale momento storico si registra una progressiva disgregazione degli stessi modelli familiari⁷, per cui l’oggetto dello studio del diritto di famiglia diviene oggi “una vasta gamma di situazioni interpersonali, impalpabili, non definibili e soggette a continua mutabilità”⁸, di guisa che la stessa tradizionale categoria dello

³ D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 137 ss.; sull’esistenza di una pluralità di modelli familiari cfr., tra gli altri, P. ZATTI, *Introduzione*, nel *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, I, 1, *Famiglia e matrimonio* a cura di G. Ferrando, M. Fortino e F. Ruscello, Giuffrè, Milano, 2002, p. 3 ss.; F. RUSCELLO, *Dal patriarcato al rapporto omosessuale; dove va la famiglia?*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, p. 517; G. FERRANDO, *Il matrimonio*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, V, 1, Giuffrè, Milano, 2002, p. 60 ss. Per una panoramica sotto il profilo storico sull’esistenza di una pluralità di modelli familiari, si veda G. GIACOBBE, *Il modello costituzionale della famiglia nell’ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 484 ed ivi ampi riferimenti bibliografici.

⁴ P. ZATTI, *Il diritto della filiazione: dal dominio dei modelli al problema degli interessi*, in *Famiglia e diritto a vent’anni dalla riforma*, Cedam, Padova, 1996, p. 82; ID., *Familia, Familiae - Declinazione di un’idea. II. Valori e figure della convivenza e della filiazione*, in *Familia*, 2002, I, p. 358 ss.

⁵ La Corte Costituzionale ricorda come la famiglia legittima sia l’unica meritevole di piena tutela giuridica in Corte Cost., 18 novembre 1986, n. 237, in *Foro it.*, 1987, I, 2353; Corte Cost., 26 maggio 1989, n. 310, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1782.

⁶ Sulla tutela giuridica della famiglia di fatto: V. FRANCESCHELLI, voce “Famiglia di fatto”, in *Enc. del dir.*, aggiornamento VI, Giuffrè, Milano, 2002, p. 365 ss.; S. ASPREA, *La famiglia di fatto: in Italia e in Europa*, Giuffrè, Milano, 2003; A. PELLARINI, *La famiglia di fatto*, Giuffrè, Milano, 2003; L. BALESTRA, *La famiglia di fatto*, Cedam, Padova, 2004; F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 146 ss.; M. DOGLIOTTI, *Spunti sulla qualificazione giuridica della famiglia di fatto, Spunti, questioni, prospettive*, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 350.

⁷ D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, *op. cit.*, p. 138 ss. L’a. sottolinea come nell’era attuale, l’uomo avvertendo una intima solitudine reagisca preferendo costruirsi una pluralità di relazioni “liquide” piuttosto che rapporti interpersonali stabili, certi, precostituiti nonché giuridicamente disciplinati. La riflessione dell’a. giunge ad evidenziare “la scarsa tenuta attuale” della categoria dello *status* cui è preferibile sostituire la nozione di “identità”.

⁸ D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, *op. cit.*, p. 139.

status, deputata a cristallizzare situazioni e condizioni, non pare più in grado di tradurre in termini giuridici questa nuova condizione dell'uomo.

Diversamente dal concetto giuridico di famiglia, e in senso per così dire contrario ad esso, si può notare come nella materia affine della filiazione si sia verificato, nella storia del diritto positivo italiano, una progressiva unificazione della nozione.

Senza voler ripercorrere le decisive modificazioni apportate sul punto dalla Costituzione (art. 30, comma 3°) prima e dalla Riforma del 1975 poi, può condividersi il pensiero espresso da quella nota dottrina secondo la quale la normativa vigente, prevedendo una identica posizione dei figli nei confronti dei genitori, siano o no uniti in matrimonio, depone nel senso di una “sostanziale unitarietà della nozione di filiazione, quale rapporto che deriva dal fatto della procreazione”⁹. Secondo tale linea di pensiero, infatti, il rapporto di filiazione è unico; la qualifica, invece, di legittimo o naturale si differenzia per la condizione dei genitori¹⁰.

Tuttavia, sotto una diversa angolazione e per il profilo che qui interessa, è doveroso porre attenzione al fatto che la progressiva trasformazione della concezione della famiglia e del rapporto di filiazione non ha intaccato il fondamento e il significato dell'idea di paternità (e maternità) che è rimasto immutato anche a seguito dell'entrata in vigore della Legge n. 40/2004¹¹ sulla procreazione medicalmente assistita¹².

Invero, emerge con tutta evidenza come lo studio delle problematiche sottese alla procreazione medicalmente assistita ci costringa a considerare sotto una nuova luce

⁹ M. C. BIANCA, *Diritto civile, La famiglia e le successioni*, 2, Giuffrè, Milano, 2001, p. 276.

¹⁰ Da segnalare, tuttavia, l'intervento di M. C. BIANCA, *La filiazione: bilanci e prospettive a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia*, nel Convegno “Trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia”, Palermo 22 e 23 aprile 2005, in *Dir. fam. pers.*, 2006, II, p. 207 ss., nel quale l'a. sembra rammaricarsi della protratta mancata equiparazione dei due stati.

¹¹ Legge 19 febbraio 2004, n. 40, “*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*”, in G.U., 24 febbraio 2004, n. 45.

¹² P. ZATTI, *Il diritto della filiazione: dal dominio dei modelli al problema degli interessi*, op. cit., p. 82, pone in luce come con la riforma del diritto di famiglia, attuata lentamente attraverso l'intervento della Corte Costituzionale e culminata nei tre grandi interventi legislativi con la legge sull'adozione speciale del 1967, la legge sul divorzio del 1970 e la riforma generale del diritto di famiglia del 1975, il legislatore non abbia inteso intaccare “la struttura più elementare del diritto della filiazione: i fondamenti e il significato dell'idea di maternità e paternità non sono assolutamente posti in discussione se non attraverso l'*imitatio naturae* dell'adozione speciale”.

la nozione di paternità (e maternità) “naturali”¹³.

Il tentativo di proporre una rivisitazione del fondamento e della struttura dell’idea di paternità nell’ordinamento vigente, impone, quindi, un continuo confronto con gli istituti giuridici e le categorie dogmatiche ad essa collegati, nonché con il fondamentale contributo della giurisprudenza che in più occasioni ha mostrato di voler anticipare il legislatore traducendo in regola giuridica il comune sentire della società dei nostri giorni.

Significativa al riguardo è la decisione di Cass., Sez. III, 31 maggio 2003, n. 8827, ove il Supremo Collegio ha chiarito come “i diritti della famiglia” (art. 29, comma 1° Cost.) vadano intesi come quei diritti che l’individuo ha nei confronti dei soggetti con i quali instaura o mantiene rapporti familiari o anche, in presenza di determinate circostanze, rapporti affettivi dotati di un certo grado di stabilità, e che si traducono sì in “bisogni e doveri”, ma anche in “gratificazioni, affrancazioni e significati”¹⁴.

La Suprema Corte, nel pronunciarsi su un caso di c.d. responsabilità per nascita indesiderata¹⁵ e in particolare nel valutare la decisione emessa dalla Corte d’Appello di Bologna *in parte qua* riconosceva a ciascuno dei genitori, oltre al danno patrimoniale da loro direttamente subito nei primi diciotto anni di vita del figlio, il danno morale soggettivo - nella sua tradizionale accezione di sofferenza acuta - e quel “danno ulteriore, di natura esistenziale, correlato al totale sconvolgimento delle abitudini e alle aspettative di una normale vita familiare e di una serena vecchiaia, nonché alla necessità di provvedere perennemente alle esigenze di un figlio ridotto in condizioni pressoché esclusivamente vegetative”¹⁶, si è posta l’interrogativo se tale ultimo pregiudizio rientri o meno nell’ambito del rapporto parentale tutelato dagli artt. 29 e 30 Cost.

¹³ A. BELVEDERE, *Presentazione*, in *Famiglia e diritto a vent’anni dalla Riforma*, Cedam, Padova, 1996, IX.

¹⁴ CASS., Sez. III, 31 maggio 2003, n. 8827, in *Foro it.*, I, 2003, 2273 con note di L. LA BATTAGLIA e E. NAVARRETTA; in *Danno e resp.*, 2003, p. 819, con note di F.D. BUSNELLI e G. PONZANELLI, nonché di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO; in *Corr. giur.*, 2003, con nota di M. FRANZONI.

¹⁵ Sulla responsabilità per c.d. nascita indesiderata cfr. *infra*, Capitolo II, paragrafo 3.1.

¹⁶ Il caso che ha dato origine alla decisione in esame vede coinvolto un bambino affetto da tetraparesi spastica e atrofia cerebrale da asfissia neonatale a seguito di errori diagnostici e comportamenti omissivi del personale sanitario dell’ospedale ove il bimbo era nato a seguito di parto cesareo.

Invero, seguendo il percorso argomentativo del Collegio, una risposta negativa all'interrogativo avrebbe comportato, sul punto, la cassazione della decisione di secondo grado atteso che il risarcimento accordato dalla Corte di merito avrebbe compreso una voce di danno non conseguito alla lesione di un interesse di rango costituzionale.

Così, tuttavia, non è avvenuto. La Cassazione, infatti, nella citata decisione ha fornito una nuova lettura dell'espressione "diritti della famiglia" chiarendo come il riconoscimento dei "diritti della famiglia" (art. 29, comma 1° Cost.) vada inteso non già, restrittivamente, come tutela delle estrinsecazioni della persona nell'ambito esclusivo del nucleo familiare, con una proiezione di carattere meramente interno, ma nel più ampio senso di modalità di realizzazione della vita stessa dell'individuo alla stregua dei valori e dei sentimenti che il rapporto parentale ispira, generando bensì bisogni e doveri, ma dando anche luogo a gratificazioni, supporti, affrancazioni e significati.

In tale prospettiva, pertanto, è chiaro come non sia affatto indifferente per il diritto comprendere se una situazione soggettiva, una posizione, uno *status* abbia o meno rilevanza costituzionale, anche e soprattutto in vista delle implicazioni pratiche - e in specie sotto il profilo risarcitorio - che discendono da una conclusione o dall'altra.

Decisioni come quella ricordata inducono una riflessione inevitabile di carattere metodologico prima che contenutistico.

La ricerca di un fondamento costituzionale della paternità naturale non può prescindere da una preliminare ricostruzione del significato e della rilevanza dell'idea di "padre" nella Costituzione del 1948, dal confronto con la differente tutela accordata alla maternità e, infine, dal decisivo contributo interpretativo-evolutivo della giurisprudenza costituzionale, di merito e di legittimità.

2. La paternità nella Costituzione: dai lavori dell'Assemblea Costituente alla redazione degli artt. 29, 30 e 31 Cost.

Dalla lettura degli articoli della Costituzione dedicati alla famiglia (art. 29, 30 e 31 Cost.) è agevole notare come manchino in essi espliciti riferimenti alla paternità, mentre vengono considerati e tutelati il gruppo familiare, il rapporto di filiazione, il matrimonio, la maternità.

L'unico riferimento esplicito alla paternità ("La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità"), appare nell'ultimo comma dell'art. 30 Cost. ove il Costituente ha evidenziato "la necessità di una conferma costituzionale di una oculata legislazione in materia di ricerca della paternità"¹⁷.

Dai lavori dell'Assemblea Costituente sul progetto di Costituzione riguardo agli articoli dedicati alla famiglia¹⁸, emerge di tutta evidenza come i legislatori costituzionali

¹⁷ V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Mondadori, Milano, 1979, p. 112, specifica come l'ultimo comma fu dovuto ad una proposta dell'On. Umberto Merlin. Per un riscontro diretto cfr. A. C., seduta del 23 aprile 1947, p. 3280.

¹⁸ Si ricorda che l'Assemblea Costituente nominò nel suo seno la Commissione per la Costituzione, detta la Commissione dei 75, dal numero dei componenti, con l'incarico di elaborare un progetto di Costituzione sul quale discutere in seduta plenaria. La Commissione a sua volta fu divisa in tre Sottocommissioni ciascuna col compito di trattare rispettivamente le materie dei Diritti e doveri dei cittadini, dell'ordinamento costituzionale della Repubblica, e dei Diritti e doveri economico sociali. Tuttavia, durante i lavori sorse un conflitto di competenza tra la I e la III Sottocommissioni perché vollero entrambe occuparsi della parte economico-sociale. Si ebbero due progetti che furono coordinati da un Comitato di coordinamento. Infine, le proposte presentate dalle Sottocommissione (e sezioni della II Sottocommissione) alla Commissione dei 75 furono riordinate in modo organico da un Comitato di redazione o "Comitato dei 18", il quale rappresentò tutta la Commissione dei 75 di fronte all'Assemblea plenaria durante gli otto mesi di discussione pubblica. Il Progetto di Costituzione è stato presentato dalla Commissione dei 75 alla Presidenza dell'Assemblea Costituente il 31 gennaio 1947. In particolare, la discussione generale sul titolo II della Costituzione dedicato ai "Rapporti etico-sociali" comincia nella seduta del 15 aprile 1947 (A. C., p. 2900) e termina con l'approvazione degli articoli ed emendamenti nella seduta del 23 aprile 1947.

Nel Progetto originario, gli articoli sulla famiglia risultavano così formulati:

Art. 23 (29): "La famiglia è una società naturale: la Repubblica ne riconosce i diritti e ne assume la tutela per l'adempimento della sua missione e per la saldezza morale e la prosperità della nazione.

La Repubblica assicura alla famiglia le condizioni economiche necessarie alla sua formazione, alla sua difesa ed al suo sviluppo, con speciale riguardo alle famiglie numerose".

Art. 24 (30): "Il matrimonio è basato sulla eguaglianza morale e giuridica dei coniugi. La legge ne regola la condizione al fine di garantire l'indissolubilità del matrimonio e l'unità della famiglia".

Art. 25 (31): "È dovere e diritto dei genitori alimentare, istruire, educare la prole. Nei casi di provata incapacità morale o economica, la Repubblica cura che siano adempiuti tali compiti.

I genitori hanno verso i figli nati fuori del matrimonio gli stessi doveri che verso quelli nati nel matrimonio.

La legge garantisce ai figli nati fuori del matrimonio uno stato giuridico che escluda inferiorità civili e sociali.

La Repubblica provvede alla protezione della maternità, dell'infanzia e della gioventù, favorendo e istituendo gli organi necessari a tale scopo".

Nella seduta del 23 aprile 1947 (p. 3254), il Comitato di redazione presentò un nuovo testo degli articoli 23, 24 e 25 del Titolo 2° tenendo conto dei vari emendamenti presentati nel corso della discussione generale, il cui testo è il seguente:

approfondirono varie questioni attinenti la famiglia, tra cui le più diffuse furono l'opportunità di una definizione costituzionale della stessa e il rapporto tra il suo ordinamento interno e l'ordinamento statale, l'eventuale menzione del requisito dell'indissolubilità del matrimonio nel testo costituzionale¹⁹, l'introduzione del principio dell'eguaglianza giuridica dei coniugi, la protezione della filiazione fuori del matrimonio e la sua verosimile parificazione a quella legittima, senza che fossero posti in discussione il significato e il fondamento dell'idea di paternità.

In generale, si evince dalle parole dei Costituenti come la supremazia della figura paterna nell'ordinamento della famiglia tradizionale, l'accentramento di ogni potere in capo al *pater familias* nel governo e nell'indirizzo della vita familiare, dalla trasmissione del cognome, alla scelta della residenza e del domicilio, alla titolarità e all'esercizio della patria potestà nei rapporti con i figli, costituiscono imprescindibili presupposti di ogni discorso giuridico sulla famiglia e come tali resistono a qualsivoglia

Art. 23: “La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio indissolubile.

Il matrimonio è ordinato in base all'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi nei limiti richiesti dall'unità della famiglia”.

Art. 24: “E' dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche nati fuori del matrimonio.

Nei casi di incapacità la legge provvede a che siano assolti tali compiti.

Ai figli nati fuori del matrimonio è riconosciuta una condizione giuridica che esclude inferiorità morali e sociali”.

Art. 25: “La Repubblica agevola con appropriate misure economiche la formazione della famiglia e l'adempimento dei suoi oneri, con particolare riguardo alle famiglie numerose; provvede alla protezione della maternità, dell'infanzia e della gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo”.

Al termine della seduta il testo dell'art. 23 risultò così approvato nel suo complesso (p. 3288):

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

Il matrimonio è ordinato in base all'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi nei limiti stabiliti dalla legge per l'unità della famiglia”.

L'art. 24 (P. 3292): “E' dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli anche se nati fuori del matrimonio.

Nei casi di incapacità la legge provvede a che siano tali compiti.

La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima.

La legge detta le norme ed i limiti per la ricerca della paternità”.

L'art. 25 (p. 3292): “La Repubblica agevola con opportune misure economiche od altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei suoi oneri, con particolare riguardo alle famiglie numerose; provvede alla protezione della maternità, dell'infanzia e della gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo”.

innovazione.

Segnatamente, come non viene scalfita la tradizionale superiorità giuridica del padre, così non si pone in discussione il fondamento della paternità nel matrimonio che poggia sul “meccanismo” delle presunzioni.

Il titolo che legittima il padre, legittimo e non, ad essere tale da un punto di vista giuridico non viene cercato, spiegato, argomentato.

Significativa appare la circostanza per cui non si prevede una disposizione costituzionale, anche solo di carattere programmatico²⁰, diretta a tutelare la paternità, in parallelo a ciò che si è verificato per la tutela della maternità (artt. 31, comma 2° e 37, comma 1° Cost.).

Tale prospettiva si palesa con chiarezza nell’ambito della discussione insorta a proposito dell’introduzione del principio dell’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi.

Riferisce una dottrina come nella proposizione che afferma il principio dell’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi “le parole sono usate per dire qualcosa di molto diverso da quello che in realtà esse esprimono”²¹.

In particolare dalla lettura degli interventi emerge la sostanziale e preponderante convinzione che fosse impossibile ipotizzare un modello di famiglia senza la figura del capo famiglia identificato nel padre-marito²².

¹⁹ On. Ruini, A. C., p. 7.

²⁰ Sul carattere delle disposizioni costituzionali di cui agli artt. 29, 30 e 31 si veda C. GRASSETTI; *I principi costituzionali relativi al diritto familiare*, nel *Commentario sistematico alla Costituzione italiana* a cura di P. Calamandrei e A. Levi, G. Barbera Editore, Firenze, 1950, I, p. 288-289; in particolare, si veda la nota (1) di p. 289, ove l’a. afferma come negli artt. 29-31 vi siano talune proposizioni aventi carattere normativo (norme di secondo grado), altre di carattere meramente programmatico, che però non contengono norme giuridiche, altre ancora inidonee per il loro contenuto a fungere anche solo da direttiva, sia pure non vincolante, al legislatore futuro.

²¹ R. BIAGI GUERINI, *Famiglia e Costituzione*, op. cit., p. 13 ss.

²² *Ibidem*, p. 14 ss. ove l’a. sottolinea come nel corso delle discussioni solo pochi accettavano realmente il significato della formula, “in generale, invece, si può dire invece che si avesse l’intenzione di svuotarla”. L’a. ricorda in particolare i numerosi interventi, tra i quali quello di Cevolotto, sed. 6 novembre 1946: “ritiene che pur ammettendosi tale uguaglianza (morale e giuridica) sia necessario stabilire una gerarchia nella famiglia in modo che vi sia un capo, il quale in determinate circostanze, abbia il diritto di decidere e di far prevalere le sue direttive” e quello di Zotta, sed. antimeridiana, 18 aprile 1947 che propose l’emendamento aggiuntivo “il capo della famiglia è il marito” (A. C., p. 3018) nel presupposto che “non ci sarebbe bisogno di questa mia aggiunta, se non ci fosse stata l’altra della affermazione solenne

Significativo a questo proposito, è il pensiero espresso dall'onorevole Calamandrei²³, il quale, richiamandosi al rilievo espresso in sede di discussione generale sulla natura non giuridica delle disposizioni del progetto di Costituzione “che si annidano specialmente tra l'articolo 23 e l'articolo 44 (rapporti etico-sociali e rapporti economici)”²⁴, specifica come ciò si palesi nell'art. 24 prima parte allorquando è enunciato il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi. Così testualmente: “Già anche nella prima parte, quello che dice non corrisponde a verità: “il matrimonio è basato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi”. “Morale” certamente; ma non è con una norma giuridica che questa uguaglianza morale può essere assicurata. Ma, sotto l'aspetto giuridico, il nostro diritto vigente - che nessuno, per ora, che io sappia, vuole cambiare - non è basato sull'uguaglianza giuridica dei coniugi; perché il capo della famiglia è il marito, è lui che dà il cognome alla moglie ed ai figli, è lui che stabilisce il domicilio della famiglia, e la moglie è obbligata a seguire il marito e non viceversa”²⁵.

dell'eguaglianza dei due coniugi” (A. C., p. 3019). Ed aggiunge ancora “I coniugi sono eguali! Ma la famiglia, come ogni istituto collettivo, non vive se non ha un capo e il capo lo trova nella persona del più capace, e me lo consentano, del più forte” (A. C., p. 3019).

²³ A. C. seduta pomeridiana di giovedì 17 aprile 1947, p. 2981.

²⁴ Cfr. A. C. seduta del 4 marzo 1947, p. 1745, dove l'on. Calamandrei si lamenta della scarsa chiarezza della formulazione del progetto di Costituzione affermando: “Varie parti di questo progetto non hanno quella chiarezza cristallina che dovrebbe riuscire a far capire esattamente che cosa si è voluto dire con questi articoli, quali sono le mete verso le quali si è voluto muovere con quelle disposizioni”.

²⁵ A. C. seduta pomeridiana di giovedì 17 aprile 1947, p. 2981. Sul principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi si vedano, altresì, gli interventi nel corso della seduta del 15 aprile 1947 dell'onorevole Badini Gonfalonieri (A. C. seduta del 15 aprile 1947, p. 2904): “ [...] L'autorizzazione maritale, la tanto deprecata autorizzazione maritale della relazione presentata dall'onorevole Iotti, è istituto che è stato abolito dal Governo liberale del 1919, e che quell'abolizione fosse conforme al nostro costume è dimostrato dal fatto che neppure il fascismo ha osato ripristinarla. La donna ha proseguito nel giusto cammino della sua emancipazione; ed oggi ha piena, assoluta parità di diritti, anche politici, come è affermazione categorica dell'art. 9 della Costituzione, che più alcuno intende porre in discussione. Ma l'affermazione di principio, come è formulata nel progetto sottoposto al nostro esame, è in una forma che direi eccessivamente drastica, un'affermazione campata in aria che non risponde a verità storica né a possibilità giuridica. Qualora sorga dissenso fra i coniugi, per esempio, riguardo alla patria potestà, al riguardo della fissazione del domicilio, al riguardo di tanti altri problemi che nella vita coniugale sono diuturni, non possono coesistere due volontà perfettamente eguali e contrarie: si eliderebbero”.

Segue l'intervento dell'onorevole Crispo (A. C. seduta del 15 aprile 1947, p. 2905 e ss.) il quale manifesta tutta la propria perplessità sul concetto dell'eguaglianza, sottolineando, invero come sia sotteso ad ogni organismo, quale è proprio la famiglia, il concetto di ordinamento gerarchico: “La mia riserva è, dunque, del tutto giustificata perché, chi bene guardi, il concetto gerarchico è come scolpito, quando si dice che il

Decisiva è, altresì, l'illustrazione fornita dall'onorevole Corsanego il quale ha chiarito come sul principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi si sia trovato l'accordo fra tutte le forze politiche attesa la comune necessità di abrogare per sempre tutti quegli istituti, come l'autorizzazione maritale, che ponevano la donna sposata in una condizione d'inferiorità e la rendevano una perpetua minorene²⁶.

In tale prospettiva, era sentita l'esigenza di affermare il valore della madre nella famiglia come centro dell'unità; nei casi di preminenza del marito, infatti, la donna accentrava in sé la patria potestà, mentre per quanto concerne le limitazioni stabilite dalla legge a garanzia dell'unità familiare, la disposizione veniva intesa nel senso di rinviare alla legge tutte le norme con le quali, regolando l'esercizio della patria potestà, non veniva sconvolta la naturale gerarchia della famiglia dove, di regola, il padre condivide con la madre diritti e obblighi, ma deve in ogni caso dare il cognome,

marito è il capo della famiglia, che la moglie segue la condizione civile di lui, che ne assume il cognome, e che è obbligata ad avere la stessa residenza del marito". Secondo Crispo l'eguaglianza giuridica si ha solo in rapporto agli obblighi dell'assistenza, della fedeltà e della coabitazione mentre non si può affermarla in relazione a tutti gli altri rapporti che derivano dal matrimonio. Così è ad esempio nei rapporti con i figli ove solo il padre è titolare della patria potestà, e solo in via sussidiaria la madre, come pure per la rappresentanza legale di figli minori, il diritto di querela per i reati commessi in danno dei minori stessi. La rappresentanza, in giudizio, nell'accettazione dell'eredità, di una donazione è riconosciuta da tutte le leggi al padre.

Segue ancora l'intervento dell'onorevole Merlin il quale a proposito del principio dell'eguaglianza dei coniugi afferma (A. C. seduta del 15 aprile 1947, p. 2909) "... noi l'abbiamo votato perché consideriamo la donna pari all'uomo in molti punti e perché questo concetto della elevazione della donna che diventa uguale all'uomo nella collaborazione e nel vantaggio della famiglia è un principio morale e cristiano che noi accettiamo. Ma con ciò non vogliamo negare che l'uomo resti capo della famiglia, come la donna ne è il cuore; l'uomo tiene il primato del governo, come la donna può e deve attribuirsi come suo proprio il primato sull'amore". Ed ancora l'onorevole Lucarello, nella seduta A. C. del 17 aprile 1947, p. 2995, conferma il pensiero espresso dagli onorevoli Crispo e Calamandrei "la famiglia è un organismo che richiede una gerarchia" pur nella contezza che tale gerarchia "nulla toglie alla posizione della donna nella famiglia, che non può essere d'inferiorità, essendo essa la sposa e la madre".

Favorevole alla consacrazione del principio della uguaglianza morale e giuridica dei coniugi è l'on. Gullo Fausto, il quale nella seduta pomeridiana di venerdì 18 aprile 1947 (A.C., p. 3024) afferma "Noi approviamo questa affermazione della Costituzione: è necessario che si affermi questa parità morale e giuridica dei coniugi. Non troviamo che questa parità morale e giuridica dei coniugi debba essere compromessa dalle necessità proprie della società coniugale. Parità giuridica non può voler dire medesimezza assoluta di attribuzioni".

²⁶ A. C. seduta pomeridiana di martedì 22 aprile 1947 p. 3228.

scegliere il domicilio, rappresentare, amministrare i beni dei minori²⁷.

Se la supremazia giuridica del ruolo paterno emerge dalla discussione insorta in merito all'introduzione del principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi²⁸, e quindi si riferisce esclusivamente alla paternità nel matrimonio, la questione relativa all'accertamento dello *status* del padre si discute allorquando si apre il dibattito sulla protezione della prole nata fuori del matrimonio e si cerca di parificare la filiazione legittima a quella illegittima.

Infatti, la discussione insorta nell'Assemblea Costituente circa i contenuti dell'art. 25 del progetto di Costituzione, il quale nel comma primo sancisce il dovere dei genitori di istruire, alimentare e di educare la prole e nel capoverso afferma che i genitori hanno gli stessi doveri di fronte ai figli nati fuori del matrimonio, accende la polemica sulla ricerca della paternità e i limiti al suo accertamento.

A tal proposito, è doveroso ricordare il tenore della discussione insorta a proposito dei limiti alla ricerca della paternità e ai mezzi di prova.

Alcuni, infatti, si chiedevano cosa potesse significare l'espressione "i genitori hanno verso i figli nati fuori del matrimonio gli stessi doveri che verso quelli nati nel matrimonio" atteso che il codice civile allora vigente limitava a pochi casi la ricerca della paternità. Quest'ultimo, quindi, rappresentava il problema centrale da risolvere prima di comprendere la portata dei doveri riferibili alla posizione genitoria.

Si affermava, infatti, che "perché ci sia un genitore che abbia questo dovere, bisogna sapere chi è il genitore".

Ed a quanti rispondevano che in questo campo la prova era ardua e difficile e sorretta dal sistema delle presunzioni²⁹ si replicava come, in realtà ciò non costituisse un ostacolo giuridico atteso che il medesimo meccanismo poteva valere anche al fine di accertare in maniera precisa e categorica la filiazione illegittima.

Tale argomentazione portava quindi alla conclusione che la paternità era sempre

²⁷ V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana, op. cit.*, p. 109; e A. C., seduta pomeridiana di martedì 22 aprile 1947, p. 3228.

²⁸ A. M. SANDULLI, *Rapporti etico-sociali*, nel *Commentario dir. it. fam.*, diretto da G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, I. Cedam, Padova, 1992, p. 35, ove il giurista afferma riguardo al principio dell'eguaglianza dei coniugi: "Si tratta di una normativa ordinata, nel quadro storico in cui fu concepita, a elevare la condizione della moglie da una remota collocazione in posizione di inferiorità, all'epoca non cancellata del tutto".

affidata alle presunzioni tanto nel campo della filiazione nel matrimonio, quanto in relazione all'accertamento della filiazione illegittima.

Ciò che in definitiva veniva caldeggiato era la necessità che una legge assicurasse anche ad ogni figlio nato fuori del matrimonio la possibilità di ricercare i propri genitori. Solo in tal modo poteva attribuirsi significato al principio che assicurava ai figli illegittimi le stesse garanzie dei figli legittimi³⁰.

Si è visto, quindi, come nessun dubbio si siano posti i costituenti in ordine al problema dell'accertamento della paternità nel matrimonio; per esso soccorrono le presunzioni legali che, tuttavia, non forniscono una certezza assoluta della prova ma “*una presunzione di certezza*” avvalorata dagli obblighi del nome e della coabitazione.

A tal proposito, è stato incisivamente sostenuto come proprio gli obblighi del nome e della coabitazione siano in grado di assicurare la legittima presunzione della paternità³¹. Diversamente, secondo il medesimo oratore, togliendo di mezzo tali obblighi, si toglie di mezzo anche la legittima presunzione della paternità “in questo campo misterioso della natura, l'arcano della procreazione, in cui l'amore è cieco, la determinazione dell'amplesso fecondo è impossibile e il padre è sempre putativo. I padri sono certi legalmente: dal punto di vista della prova non v'è certezza assoluta, non avete che una presunzione di certezza attraverso il nome e la coabitazione. Mater sempre certa, pater incertus. Pater est is quem justae nuptiae demonstrant. Si presume che sia il marito della madre, cioè colui di cui ella porta il nome. Ma il presupposto di questa presunzione è la coabitazione continua della madre col padre. I vecchi giuristi riconobbero nel matrimonio la pietra angolare della famiglia, proprio per questo: perché il matrimonio è l'istituto fondamentale della ricerca della paternità in cui la prova è regolata formalmente [...]. La natura dice che i figli li fa la madre; e la madre è sempre certa, il padre incerto. La legge segue la natura. Impone alla moglie il nome del marito e la coabitazione perché questi due elementi danno la certezza del padre e la sicurezza

²⁹ On. Gullo Fausto, A. C. 18 aprile 1947, p. 3026, il quale si riferisce al pensiero dell'On. Merlin.

³⁰ A. C. seduta pomeridiana di venerdì 18 aprile 1947, p. 3026.

³¹ On. Molè, 18 aprile 1947, p. 3035.

delle geniture. E senza la certezza del padre e la sicurezza delle genitura non esiste la famiglia”³².

Tali parole contribuiscono a chiarire il valore sociale e la supremazia giuridica rivestita dal padre all’epoca della promulgazione del testo costituzionale; nessun significato precettivo poteva, in allora, attribuirsi al principio di parificazione dei coniugi nel matrimonio atteso che l’imposizione del nome paterno alla moglie e ai figli e il dovere della coabitazione rappresentavano quei baluardi giuridici in grado di realizzare “la certezza della paternità” e quindi l’esistenza stessa della famiglia.

Diversamente, il problema dell’accertamento della paternità fuori del matrimonio non è stato affrontato se non nei limiti in cui ciò si rifletteva sulla condizione giuridica dei figli nati fuori del matrimonio, i quali - per opinione condivisa

³² Si riporta per intero il pensiero espresso dall’onorevole Molè nella seduta pomeridiana di venerdì 18 aprile 1947 a proposito del principio costituzionale “*di parificazione assoluta*” di cui all’art. 24 Cost. “Io non vi leggo gli articoli del Codice che presiedono al funzionamento organico e assicurano l’unità della famiglia. Voi li conoscete. Il Codice dice che la moglie segue la condizione del marito, ne assume il cognome, è obbligata ad accompagnarlo ovunque egli fissi la sua residenza; che il marito deve mantenerla e proteggerla che ha la patria potestà sui figli, che deve accettare l’eredità, ecc. E’ una serie di attribuzioni in cui la legge determina i poteri di direzione interna e di rappresentanza esterna del marito: cioè la preminenza giuridica del marito”. Il discorso dell’onorevole Molè è volto a chiarire come il principio dell’eguaglianza giuridica dei coniugi proclamato in Costituzione si ponga in aperto contrasto con le norme del Codice civile, di guisa che queste non sono in grado di resistere né possono sussistere, atteso che “eguaglianza giuridica fra coniugi significa infatti che non c’è più un *pater familias* non c’è più chi la rappresenti, non c’è più chi da il nome alla moglie e ai figli, non c’è più chi possa o debba fissare il domicilio, non c’è più il marito che possa dire alla moglie: “tu mi devi seguire”. Chi dà il nome? Chi determina la coabitazione? Chi avrà nella nuova famiglia l’attribuzione di questi poteri?”...La famiglia ha una sua intima disciplina, creazione spontanea della quotidiana collaborazione e delle affinità spirituali: la gerarchia non s’impone con la norma del Codice, che interviene solo quando l’unità è già spezzata. Ma ci sono alcuni poteri del marito, che sono esclusivi suoi propri che hanno fondamento in imperiose esigenze di natura, che gli sono attribuiti non nel suo interesse, ma nell’interesse della famiglia. Questi poteri costituiscono le colonne d’Ercole, dinanzi alle quali deve arrestarsi ogni rivendicazione di parità femminile. E sono il diritto del marito a dare il nome, a determinare il domicilio, a imporre la coabitazione della moglie col marito. Ho letto proprio in questi giorni che c’è un grande paese, in cui l’uomo e la donna sono entrambi liberi di assumere l’uno o l’altro dei rispettivi cognomi e di scegliere il loro domicilio o di mantenerlo - ciascuno - per conto suo. Me ne dispiace: ma su questo campo non mi sento di seguire codesti paesi evoluti. Perché la promiscuità dei cognomi o l’assunzione del cognome della donna, e l’indipendenza e pluralità dei domicili segnerebbero la disgregazione della famiglia. Sarebbe il commercio girovago dei sessi senza ditta familiare, finirebbe la continuità e la sicurezza della geniture. Vi pare piccola cosa questa forzata unità del nome, quest’obbligo della convivenza questo comando della legge: la moglie deve seguire il marito? E’ su questa piccola formalità che riposa la certezza della paternità per i figli”.

- non potevano venire pregiudicati dalle colpe dei loro padri.

E' stato ricordato poco fa come, in seno all'Assemblea, sia stato prospettato di estendere alla filiazione illegittima il medesimo "valore" giuridico riconosciuto alla presunzione di paternità, ma non si è spiegato in che cosa potesse consistere questa diversa *fictio iuris* dal momento che, in tale fattispecie, non ricorre né un matrimonio né l'obbligo della coabitazione tra i genitori, dell'unità del nome o del domicilio.

Dal tenore della discussione generale della Costituente si evince la preminente, se non esclusiva, considerazione della paternità legittima, il cui accertamento si stabiliva con l'operatività delle presunzioni previste dal codice civile allora vigente e la cui supremazia, morale e giuridica, era talmente radicata nel costume sociale da non richiedere al Legislatore costituzionale di prevedere una puntuale disposizione.

Si ribadisce, infatti, come l'unico riferimento testuale alla paternità ricorra nell'ultimo comma dell'art. 30, il quale deriva da un emendamento dell'on. Merlin su cui la Commissione, pur ritenendolo implicito³³, aveva lasciato l'Assemblea libera di decidere e che fu approvato all'ultimo momento senza essere discusso³⁴.

2.1. Il disegno costituzionale: la ricerca di un fondamento della paternità naturale.

Si è ricordato come nella fase di formazione della Carta Fondamentale non sia emersa una precisa volontà dei Costituenti di prevedere e garantire costituzionalmente la posizione del padre, anche solo legittimo.

Tuttavia, tale risultato potrebbe dirsi indirettamente conseguito grazie all'opera della dottrina e della giurisprudenza formatasi già a ridosso della promulgazione della Costituzione.

In particolare, il continuo confronto dialettico tra l'evoluzione del costume sociale, il *modus operandi* della dottrina e le soluzioni della giurisprudenza, ci consente oggi di fornire una lettura più dinamica del testo costituzionale, senza tuttavia

³³ Tupini, A. C., p. 3280.

³⁴ C. GRASSETTI, *I principi costituzionali relativi al diritto familiare*, op. cit., p. 310. L'a. interpreta l'introduzione dell'emendamento in contrapposizione alla tendenza manifestata in Assemblea, per la quale la ricerca della paternità si sarebbe dovuta ammettere in ogni caso e con ogni mezzo.

dimenticare il dato letterale e la *ratio* sottesa a ciascuna disposizione.

Ripercorrendo alcune delle interpretazioni più accreditate, è possibile indicare taluni riferimenti formali capaci di legittimare una posizione costituzionalmente garantita del padre naturale.

In primo luogo, meritano di essere ricordate le indicazioni provenienti dalla dottrina in particolare, riguardo all'interpretazione del primo alinea dell'art. 29 Cost. che, come è noto, riconosce "i diritti della famiglia" quale "società naturale fondata sul matrimonio"³⁵.

L'ambiguità testuale di questa proposizione che si presenta come "clausola non definita", induce l'interprete a sollevare l'interrogativo, tra gli altri, su cosa e quali siano "i diritti della famiglia"³⁶.

E' noto come l'insegnamento più antico suggerisca di adottare un'interpretazione sistematica della formula *de qua*, trattandosi, all'evidenza, di una definizione di famiglia in senso improprio perché condizionante l'applicazione delle altre norme costituzionali³⁷.

In particolare, si propone una lettura della disposizione orientata nella direzione dell'art. 2 Cost., che riconosce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali dove si svolge la personalità di ciascuno, e integrata con l'art. 3, comma 1° Cost. ove si afferma la "pari dignità sociale" di tutti i cittadini.

Tali precetti, infatti, inseriti nella parte relativa ai principi fondamentali, garantiscono "la posizione prioritaria che, rispetto a ogni altro valore, la Costituzione fa

³⁵ Ci si limita a considerare il significato dell'espressione "*diritti della famiglia*" che rileva ai fini del discorso, pur sapendo che tale espressione deve essere letta in relazione alla definizione della famiglia quale società naturale e al valore del "riconoscimento" che lo Stato accorda all'ordinamento della famiglia. Cfr. a tal proposito, F. CAGGIA, A. ZOPPINI, *sub art. 29 Cost.*, nel *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, I, Utet, Torino, 2006, p. 602 ss.

³⁶ C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1954, p. 135. L'a. polemicamente se lo è chiesto, e ha risposto: "ognuno può metterci dentro quello che vuole".

³⁷ C. GRASSETTI, *I principi costituzionali relativi al diritto familiare*, *op. cit.*, p. 289 nonché p. 293, ove l'a. parla della definizione della famiglia come di "una definizione in senso improprio, condizionante l'applicazione di una serie di norme", successivamente ripreso da M. BESSONE, *Rapporti etico-sociali*, nel *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, Zanichelli - For. it., Bologna - Roma, 1976, p. 10; A. M. SANDULLI, *Rapporti etico-sociali*, *op. cit.*, p. 21; nonché da ultimo, F. CAGGIA, A. ZOPPINI, *sub art. 29 Cost.*, *op. cit.*, p. 604.

alla personalità umana”³⁸.

Tale interpretazione conduce definitivamente ad escludere che l’espressione riveli una volontà di personalizzare la famiglia come se si trattasse di diritti soggettivi imputati a un soggetto-famiglia e propri solo di questo ente soggettivizzato³⁹.

Ed ancora.

Riferisce un’attenta dottrina come in realtà la Costituzione nell’adottare la formula *de qua* non abbia inteso proclamare i diritti della famiglia contro lo Stato, né ha inteso consacrare l’indipendenza o la superiorità della famiglia rispetto allo Stato, ma ha “semplicemente riconosciuto i diritti, le facoltà, le potestà che si svolgono all’interno della famiglia e i poteri della famiglia sui propri membri”⁴⁰.

³⁸ A. M. SANDULLI, *Rapporti etico-sociali*, op. cit., p. 21; G.B. FERRI, *Persona e Privacy*, in *Riv. dir. comm.*, 1982, I, p. 111 ss., secondo il quale affermare che esiste il diritto della personalità e non i diritti della personalità significa dire che la tutela della persona non è limitata al solo *numero chiuso* dei cd. diritti della personalità ma è *aperta* e disponibile ad accogliere anche quegli aspetti della persona non espressamente disciplinati da norme, che la storia e il costume fanno emergere. Tale prospettiva, secondo l’a., è perfettamente coerente con il nostro sistema giuridico che negli artt. 2 e 3 Cost. fa assurgere “la personalità a valore portante del nostro ordinamento giuridico” nella dimensione individuale e sociale. Vedi anche, L. CARLASSARE, *Posizione costituzionale dei minori e sovranità popolare*, in *L’autonomia dei minori tra famiglia e società*, a cura di M. De Cristoforo e A. Belvedere, Giuffrè, Milano, 1980, p. 41 ss.

³⁹ C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione*, op. cit., p. 137; A. M., SANDULLI, *Rapporti etico-sociali*, op. cit., p. 10; M. BESSONE, *Rapporti etico-sociali*, op. cit., p. 26; C. M. BIANCA, voce “Famiglia (diritti di)”, nel *Noviss. Digesto it.*, VII, Utet, Torino, 1961, p. 69 ss. Quest’ultimo a. afferma a tale proposito come il problema della caratterizzazione dei diritti di famiglia in un superiore interesse familiare si inserisca nei termini di un problema riferito alla loro qualificazione nell’ambito del diritto privato. *Contra* TRAVERSO, *Il significato attuale delle disposizioni con cui la Costituzione disciplina l’ordinamento familiare*, relazione al Convegno di Como (1978) in *La Costituzione italiana: il disegno originario e la realtà attuale*, Milano, 1980, p. 93. Sul punto vedi, altresì, P. PERLINGIERI, *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 72 ss.; e da ultimo, P. ZATTI, *Famiglia, Familiare - Declinazione di un’idea. II Valori e figure della convivenza e della filiazione*, in *Familia*, 2002, I, p. 337 ss., il quale si rifà a E. ROPPO, *Il giudice nel conflitto coniugale: la famiglia tra autonomia e interventi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 1981, p. 83 ss.; secondo l’a., il codice penale, nel prevedere i reati contro la famiglia, lascia inalterata un’impostazione che guarda la società familiare nella dimensione collettiva sovraindividuale.

⁴⁰ C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione*, op. cit., p. 138; secondo il pensiero dell’a. solo i diritti della famiglia legittima sono garantiti costituzionalmente. Cfr. p. 144, in particolare: la proclamazione che “è dovere e diritto dei genitori mantenere, educare istruire i figli” non disciplina solo i rapporti tra i coniugi, e neanche a stretto rigore i rapporti familiari, ma i diritti e doveri dei genitori come tali anche se questi, non essendo sposati, non hanno creato una famiglia. Nella Costituzione si parla di un diritto oltre che di un dovere, accentuando così che questi compiti non sono affidati ai genitori solo nell’interesse dei figli, ma anche a soddisfazione di una giustificata pretesa dei genitori.

Seguendo tale linea di pensiero, con l'espressione "sono riconosciuti i diritti della famiglia" si è voluto garantire costituzionalmente la possibilità di questo vincolo, di questi legami tra i membri della famiglia. Ne discende, pertanto, una qualificazione dei "diritti della famiglia" come quei diritti soggettivi e in generale, quelle situazioni giuridiche soggettive che "si iscrivono nell'istituzione-famiglia, sono tipici di tale istituzione e appartengono ai diversi soggetti che della famiglia fanno parte proprio nella veste e qualità di membri di questa"⁴¹.

Si può concludere, quindi, che l'espressione "sono riconosciuti i diritti della famiglia" significhi il riconoscimento costituzionale diretto ed esplicito della categoria dei diritti e dei doveri familiari, e implicitamente, anche delle situazioni familiari positive e negative riconosciute⁴².

Segnatamente, una lettura dell'espressione "diritti della famiglia" coordinata in special modo con l'art. 2 Cost., e quindi interpretata nella prospettiva dello svolgimento della personalità dell'individuo, comporta un allargamento non trascurabile dell'ambito applicativo della garanzia costituzionale sol che si pensi al tessuto di diritti, interessi e situazioni sociali, sottesi al diritto di famiglia che si prestano ad essere considerati sotto tale angolazione⁴³.

In particolare, può sostenersi che una tale interpretazione consenta di ritenere "coperto" da garanzia costituzionale, il diritto alla paternità, nel quale può farsi rientrare, sia il diritto dell'uomo ad autodeterminarsi responsabilmente alla scelta procreativa con tutte le conseguenze che tale decisione comporta anche nella fase gestazionale, sia il diritto del padre a preservare tale *status* familiare una volta che il figlio è nato.

Tuttavia, per quanto le argomentazioni appena ricordate in merito all'interpretazione sistematica del primo alinea dell'art. 29, comma 1°, avvalorino la posizione del padre nell'ordinamento costituzionale, si potrebbe di contro sostenere che

⁴¹ A. M. SANDULLI, *Rapporti etico-sociali*, op. cit., p. 10; nello stesso senso, C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione*, cit., chiarisce come le situazioni attive e passive nella famiglia, se pure spettano ai singoli, sono attribuiti ai singoli nella specifica qualità di membri della famiglia: "sono situazioni sociali dei singoli e non diritti individuali di competenza degli individui".

⁴² C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione*, op. cit., p. 137.

⁴³ F. CAGGIA, A. ZOPPINI, *sub art. 29 Cost.*, op. cit., p. 607.

il ragionamento conduca ad avallare la situazione giuridica del solo padre “legittimo”, mentre non consenta di estendere tale garanzia al padre fuori del matrimonio.

Senza voler ripercorrere tutte le posizioni che si sono succedute in merito all’interpretazione della definizione di famiglia quale società naturale fondata sul matrimonio⁴⁴, è ravvisabile una certa convergenza nel ritenere che l’art. 29, comma 1° Cost. attribuisca una preferenza alla famiglia “fondata sul matrimonio” cui testualmente si riferiscono “i diritti” appena menzionati⁴⁵.

Da un lato, infatti, l’indagine storica e letterale relativa alla formazione della disposizione costituzionale conduce a ritenere che il legislatore costituzionale, pur nella diversità delle ideologie politiche rappresentate, volle disciplinare e tutelare la sola famiglia fondata sul matrimonio, pur nella consapevolezza che l’individuo possa realizzare la propria personalità in altre e diverse formazioni sociali.

Dall’altro, il compiuto sistema delle fonti dell’ordinamento italiano unitamente al carattere rigido della Carta fondamentale e al ruolo applicativo-evolutivo della giurisprudenza, non consentono di ritenere superata ad ogni effetto “la categoria giuridica” enucleata dal costituente sul presupposto che è venuta meno la situazione fattuale allora esistente.

Com’è noto, infatti, ad un orientamento che ravvisa nel primo alinea dell’art. 29 Cost. il fondamento esclusivo della sola famiglia legittima⁴⁶, si alterna un indirizzo che

⁴⁴V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana, illustrata con i lavori preparatori*, op. cit., p. 107 ss.; P. RESCIGNO, *Le formazioni sociali intermedie*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, a cura di A. Pace, Giuffrè, Milano, 1999, II, p. 1395 ricorda come “la definizione, in cui si insinuavano vaghe ombre di giusnaturalismo, significa soltanto che la famiglia, delle formazioni sociali garantite, è la più lontana e la più impenetrabile all’intervento del diritto”.

⁴⁵C. GRASSETTI, *I principi costituzionali relativi al diritto familiare*, op. cit., p. 293 ss.; C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione*, op. cit., p. 138; A. M. SANDULLI, *Rapporti etico-sociali*, op. cit., p. 18; P. ZATTI, *Introduzione*, op. cit., p. 10.

⁴⁶C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione*, cit.; C. GRASSETTI, voce “Famiglia (diritto privato)” nel *Noviss. Digesto it., Appendice*, Utet, Torino, p. 637; L. CARRARO, *Note introduttive agli artt. 100-112 Nov.*, nel *Commentario rif. dir. fam.*, a cura di L. Carraro, G. Oppo, A. Trabucchi, Cedam, Padova, I, 2, 1977, p. 645 ss., ivi, 654; A. M. SANDULLI, *Rapporti etico-sociali*, op. cit., p. 18; F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, op. cit., p. 143 ss.

propone una lettura evolutiva dell'idea di "società naturale", capace, quindi, di abbracciare nuove e diverse formazioni sociali⁴⁷.

Ciò posto, dunque, e senza alcuna pretesa di completezza in merito al copioso panorama dottrinario che si è espresso sul punto, è opportuno rilevare come la preoccupazione dominante che permea gli sforzi interpretativi testè ricordati, non sia quella di scardinare la posizione della famiglia "legittima" nel tessuto costituzionale che continua a poggiare sull'art. 29 Cost., quanto, piuttosto, quella di garantire in egual misura quelle nuove formazioni sociali che il costume sociale ha affermato, quale, *in primis*, la famiglia di fatto.

Da tale constatazione si possono tracciare due percorsi argomentativi che conducono a divergenti soluzioni.

Se, infatti, il primo alinea dell'art. 29 Cost., continua a riconoscere e tutelare esclusivamente la famiglia legittima, mentre le diverse "formazioni sociali" trovano fondamento in altre disposizioni costituzionali, quali ad esempio l'art. 2 e l'art. 30 Cost., ne discende che l'interpretazione sistematica della formula costituzionale *de qua* non consente di forzare a tal punto la norma da ricavare un principio costituzionale diretto a "riconoscere" un primordiale diritto alla paternità fuori del matrimonio basato sull'art. 29 Cost.

⁴⁷N. LIPARI, *La categoria giuridica della "famiglia di fatto" e il problema dei rapporti personali al suo interno*, in *La famiglia di fatto*, Atti del Convegno Nazionale di Pontremoli (1976) Tarantola 1977, p. 41 ss.; ID., *Riflessioni sul matrimonio a trent'anni dalla Riforma del diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 717, ove l'a. evidenzia come non vi sia dubbio "che lo stesso testo costituzionale dell'art. 29 ha subito, nell'ultimo mezzo secolo, una tale evoluzione interpretativa da determinare un radicale rovesciamento di significati rispetto a quella che ragionevolmente era stata l'intenzione dei costituenti in una stagione in cui (...) non erano pensabili significative alternative sociali alla coesistenzialità del rapporto matrimonio-famiglia. Al contrario oggi si avverte abbastanza pacificamente il raccordo tra la norma dell'art. 29 e quella dell'art. 2 e si intende che, se si ricollegasse la società naturale all'atto di matrimonio, si finirebbe in concreto per negare ogni possibile significato proprio alla "naturalità" del rapporto. Cfr. ampiamente, P. ZATTI, *Introduzione*, *op. cit.*, p. 10 ed ivi riferimenti. L'a. propone una lettura del disegno costituzionale che conduce ad un "modello di famiglia più vasto o versatile di quello coniugale, che in esso è compreso come esperienza primaria e come termine di riferimento". Su tale linea, viene suggerito un contemperamento tra il rispetto dello "specifico approccio che la Costituzione riserva alla famiglia matrimoniale e alle diverse esperienze di convivenza familiare" e il riconoscimento dei "lineamenti di un diritto costituzionale della famiglia nel senso più esteso - diritto dei rapporti fondati sulla sessualità e la procreazione...".

Diversamente, nel caso in cui si preferisca seguire un'interpretazione "aperta" dell'espressione "società naturale", si può far rientrare tra "i diritti della famiglia" nella prospettiva della realizzazione della personalità umana, anche il diritto ad essere padre, a prescindere dallo *status* di coniuge.

In ogni caso, posto che la ricerca di un fondamento costituzionale della paternità naturale nella prospettiva dell'interpretazione sistematica del primo comma dell'art. 29 Cost., lascia insoddisfatti quanti ravvisano nel primo alinea della disposizione richiamata la supremazia della famiglia tradizionale⁴⁸, si prova a condurre l'indagine secondo una differente angolazione, quale può essere la proposizione del primo comma dell'art. 30 Cost., che sancisce i doveri e diritti dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli anche se nati fuori del matrimonio⁴⁹.

All'interpretazione di tale norma si intende dedicare un apposito paragrafo nel prosieguo del discorso, cui si rimanda, ma è opportuno fin d'ora tratteggiare la portata storica della disposizione costituzionale.

Rispetto alla normativa vigente all'epoca della redazione dell'articolo, e ci si riferisce all'art. 147 del codice civile del 1942, i costituenti hanno introdotto "il diritto" oltre che il dovere dei genitori alla cura e vigilanza sul figlio, come se tali compiti corrispondessero all'esigenza di soddisfare "una giustificata pretesa dei genitori" e non per realizzare unicamente gli interessi dei figli⁵⁰.

A tal proposito, la dottrina ha sostenuto come tale previsione sia volta ad accentuare la funzione educatrice e disciplinare dell'istituto della "patria" potestà, considerato come *officium, munus* ma anche nella prospettiva di un diritto naturale dei genitori riconosciuto costituzionalmente come conseguenza del principio contenuto nel primo alinea dell'art. 29 Cost.⁵¹.

⁴⁸ G. GIACOBBE, *Il modello costituzionale della famiglia nell'ordinamento italiano*, op. cit., p. 481-502.

⁴⁹ Per un commento all'articolo citato cfr. ampiamente E. LAMARQUE, *sub art. 30 Cost.* nel *Commentario alla Costituzione* (a cura di) R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, I. Utet, Torino, 2006, p. 622 ss.; l'a., in particolare, rileva la "parabola" tracciata dalla dottrina e dalla giurisprudenza in merito all'interpretazione dell'articolo citato lungo un periodo che va dalla promulgazione del testo costituzionale agli anni sessanta e oltre.

⁵⁰ C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione*, op. cit., p. 138.

⁵¹ C. GRASSETTI, *I principi costituzionali relativi al diritto familiare*, op. cit., p. 305; V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana, illustrata con i lavori preparatori*, op. cit., p. 108.

In particolare, si è giunti a ravvisare nella previsione *de qua* un diritto del genitore al mantenimento e all'educazione del figlio inteso "non come una posizione correlativa all'obbligo del figlio medesimo o di terzi, ma come tutela di una sfera autonoma del genitore di fronte allo Stato"⁵².

Quale che sia l'interpretazione più avvertita, vi è una certa convergenza nel ritenere che il primo alinea dell'art. 30 Cost. assicuri a tutti i figli, indipendentemente dalle circostanze della loro nascita, il mantenimento, l'istruzione e l'educazione⁵³.

E, nelle parole della Costituzione, non vi è distinzione tra figli riconoscibili e figli cui è precluso l'accertamento dello stato.

Ciò potrebbe significare, quindi, che nel pensiero del legislatore, i contenuti fondamentali del rapporto genitore-figlio conseguono immediatamente al fatto naturale della procreazione e non al formale accertamento di stato⁵⁴.

Se ciò può affermarsi con riguardo alla posizione dei figli, per cui diventa irrilevante il loro *status*, allo stesso modo, dal punto di vista dei genitori, potrebbe sostenersi che il fondamento della loro "condizione" prescinde dalla "qualità" di coniuge o di padre, legittimo o naturale.

Tuttavia, l'art. 30, comma 1° Cost. non costituisce il solo rinvio formale in grado di legittimare l'emersione di una posizione costituzionale della paternità fuori dal matrimonio⁵⁵.

Si è già detto, infatti, come l'unico riferimento esplicito alla paternità emerga dalla proposizione che demanda alla legge "le norme e i limiti per la ricerca della paternità"⁵⁶.

Il significato di quest'ultima previsione è stata oggetto di un vivace dibattito nella dottrina⁵⁷. Da un lato, infatti, è stato autorevolmente sostenuto come tale

⁵² C. M. BIANCA, voce "Famiglia (diritti di)", *op. cit.*, p. 71 ss.

⁵³ On. Tupini, A. C. p. 3277, secondo il quale "colui che mette al mondo dei figli assume il sacrosanto obbligo di mantenerli, istruirli ed educarli, siano essi legittimi o illegittimi".

⁵⁴ G. FERRANDO, *La filiazione naturale e la legittimazione*, nel *Trattato Rescigno*, IV, Utet, Torino, 1997, p. 109.

⁵⁵ Sull'interpretazione dell'art. 30 Cost., v. *infra* § 5.

⁵⁶ Sull'origine dell'emendamento cfr., E. LAMARQUE, *Le norme e i limiti per la ricerca della paternità, Contributo allo studio dell'art. 30, quarto comma della Costituzione*, Cedam, Padova, 1998, p. 10, nota (14) ove l'a. rileva come negli studi dedicati ai principi costituzionali in tema di filiazione, il quarto

previsione presupponga “il principio generale che la semplice generazione, indipendentemente dal suo accertamento legale, non ha rilievo, ai fini della applicazione delle regole costituzionali sui doveri dei genitori, né per il padre, né per la madre”⁵⁸; tale linea di pensiero, che si pone in antitesi con quanto appena suggerito, conduce a ritenere che “padre” è solo colui il cui fatto generativo è stato legalmente accertato.

In tale linea interpretativa, infatti, si colloca la preoccupazione di quanti ritenevano di dover circoscrivere la portata giuridica del primo comma dell’art. 30 Cost. per evitare che da tale disposizione potesse desumersi il principio della incondizionata responsabilità dei genitori per il fatto stesso della procreazione⁵⁹.

Un’altra corrente di pensiero, invece, ha chiaramente criticato il valore di principio costituzionale di tale proposizione, affermando come la stessa assuma il significato di un semplice rinvio alla legislazione ordinaria, il cui contenuto è quello di “indicare che la ricerca della paternità è ammessa ma non senza limiti”⁶⁰.

comma dell’art. 30 Cost. abbia avuto scarsissima considerazione o sia stato del tutto ignorato negli ultimi vent’anni.

⁵⁷ Per un riferimento alle più recenti riletture della previsione costituzionale *de qua* nella prospettiva dell’interesse del figlio ad opera della Corte costituzionale, cfr. A. PALAZZO, *La filiazione*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, LVI, Giuffré, Milano, 2007, p. 556 ed ivi nota 21.

⁵⁸ C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione*, *op. cit.*, p. 150.

⁵⁹ E. LAMARQUE, *Le norme e i limiti per la ricerca della paternità*, *op. cit.*, p. 33. In tale prospettiva, i doveri dei genitori di mantenere, istruire ed educare nei confronti dei figli venivano limitati ai soli figli che potevano ottenere, secondo le norme del codice civile vigente, il riconoscimento volontario o giudiziale del rapporto di filiazione. L’a. sostiene che in realtà il principio di responsabilità per la procreazione non ha in realtà fondamento costituzionale ma “è piuttosto un principio della riforma del diritto di famiglia soltanto compatibile con la Costituzione, la quale tuttavia, rimane aperta a soluzioni legislative diverse ed anche opposte a quel principio”.

⁶⁰ C. GRASSETTI, *I principi costituzionali relativi al diritto familiare*, *op. cit.*, p. 310; *contra*, A. MATTEUCCI, *L’investitura costituzionale nell’azione di paternità*, Cedam, Padova, 1969, p. 112. Il regime previsto nel codice civile del 1942 per la ricerca della paternità era il seguente: gli artt. 251 e 252 prevedevano limitazioni al riconoscimento sia paterno sia materno dei figli incestuosi e adulterini; la paternità naturale poteva essere giudizialmente dichiarata solo in ipotesi particolari, cioè 1) quando la madre e il presunto padre avessero notoriamente convissuto come coniugi nel tempo a cui risale il concepimento, 2) la paternità risultava indirettamente da sentenza o da atto scritto del presunto padre 3) nel caso di ratto o violenza carnale nel tempo che corrisponde al concepimento e 4) vi fosse possesso di stato di figlio naturale (art. 269 c.c.); l’art. 271 prevedeva un termine di due anni di decadenza per l’esercizio dell’azione.

Diversamente, invece, sarebbe stato se il costituente avesse previsto un precetto che ammettesse senza limiti o escludesse del tutto, o ancora che discriminasse la ricerca della paternità distinguendo, per esempio, tra figli adulterini e incestuosi⁶¹.

Altra autorevole dottrina rileva come la previsione *de qua* comporta l'esclusione dell'esistenza di un obbligo giuridico imposto al padre di riconoscere la filiazione naturale⁶². La previsione di tale obbligo, infatti, sarebbe incompatibile con l'esistenza di norme, di natura procedimentali, e di limiti, per definizione eccezionali, alla ricerca della paternità.

Tale pensiero, tuttavia, non si spinge oltre, e interpreta la norma nel senso che il legislatore può escludere eccezionalmente la ricerca della paternità per tutelare altri valori e interessi meritevoli di tutela⁶³.

Da tali annotazioni in merito alle interpretazioni succedutesi sull'articolo 30 Cost., si evince, da un lato, la centralità del primo alinea dell'art. 30 Cost. nel delineare "l'essenza del rapporto di filiazione" e di riflesso anche il contenuto della posizione genitoria, e, dall'altro, la peculiarità della posizione del padre, il cui *status* viene ad un tempo affermato e limitato nel testo costituzionale.

In generale, una considerazione conclusiva può già trarsi dalla lettura degli atti preparatori e dalle più significative interpretazioni che la dottrina costituzionalista ha fornito sull'attuale formulazione delle disposizioni in esame, cioè la consapevolezza che il delicato disegno costituzionale sulle relazioni familiari non si esaurisce nelle previsioni testuali consegnateci dall'Assemblea Costituente, ma si alimenta e si completa alla luce dei principi ispiratori dell'intera Costituzione, quali *in primis*, il principio fondamentale di cui all'art. 2 Cost., che pone la persona al centro "non solo

⁶¹ C. GRASSETTI, *I principi costituzionali relativi al diritto familiare*, op. cit., p. 311; l'a. ricorda con favore l'emendamento proposto da Caroleo, dichiarato decaduto, per cui "la legge garantisce ai figli nati fuori del matrimonio l'esperimento dei mezzi di prova idonei ad accertare la paternità naturale" (A. C., p. 3273); l'emendamento proposto dall'onorevole Nobili Tito Oro e altri, anch'esso non discusso per rinuncia dei proponenti, secondo cui "La Repubblica riconosce al figlio nato fuori del matrimonio il diritto alla ricerca dei genitori" (A. C., p. 3273); ed infine, l'emendamento proposto da Badini Confalonieri, secondo il quale "la legge consente l'esperimento dei mezzi di prova idonei ad accertare la discendenza naturale" (A. C., p. 2901, non discusso per rinuncia del proponente, A. C., p. 3280).

⁶² A. M. SANDULLI, *Rapporti etico-sociali*, cit.

⁶³ Per una critica alle interpretazioni sulla disposizione costituzionale in esame si veda ampiamente A. M. SANDULLI, *Rapporti etico-sociali*, op. cit., p. 3 - 76.

dell'ordinamento generale, ma dello stesso ordinamento familiare”, nonché alla luce del principio generale di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

3. La previsione costituzionale della tutela della maternità.

Si è detto come la Carta costituzionale rimandi al legislatore la previsione di “norme e limiti” per la ricerca della paternità; diversamente, non vi è alcuna prescrizione esplicita per la disciplina della ricerca della maternità.

A tal proposito, ci si è chiesti se e quale indicazione di principio costituzionale possa desumersi da tale omissione.

L'orientamento dottrinale più risalente ritiene che attraverso la previsione espressa sulla ricerca della paternità si sia voluto garantire indirettamente anche la ricerca della maternità che ne costituisce il precedente storico⁶⁴.

Tale conclusione, tuttavia, non consente di interpretare la formula di cui all'ultimo comma dell'art. 30 Cost., nel senso che il legislatore costituzionale abbia inteso sottoporre la maternità ai medesimi limiti della ricerca della paternità⁶⁵. In altre parole, si esclude che il Costituente abbia inteso rinviare al legislatore la disciplina di “norme e limiti per la ricerca dei genitori”.

Né può argomentarsi, *a contrariis*, che la mancanza testuale di una precisa disposizione costituzionale, in contrapposizione a ciò che si è visto per la paternità, consenta di ipotizzare un divieto assoluto di limiti alla ricerca della maternità.

Tale risultato nell'interpretazione, si porrebbe in contrasto sia con la legislazione vigente all'epoca della redazione del testo costituzionale, sia con l'attuale disciplina che, come è noto, limita la ricerca della maternità nell'ipotesi di figlio di genitori incestuosi generato nella consapevolezza dell'esistenza di tale legame⁶⁶.

La nebulosità che permea il significato di tale omissione, si dissolve allorquando la Costituzione si rivolge alla protezione della maternità. Nel quadro degli articoli

⁶⁴ C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione*, *op. cit.*, p. 150.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 150; afferma testualmente l'a. come non si possa interpretare l'art. 30 ultimo comma Cost. nel senso che “la legge detta le norme e i limiti per la ricerca dei genitori”.

⁶⁶ Corte Cost., 15 luglio 1975, n. 207, e sull'argomento anche Cass., Sez. I, 20 settembre 1984, n. 4804.

tradizionalmente dedicati alla materia del diritto di famiglia, infatti, è contemplata una disposizione puntuale a tutela della maternità. Il secondo alinea dell'art. 31 Cost., infatti, prevede il programma di protezione della maternità⁶⁷, oltre che dell'infanzia e della gioventù.

La portata programmatica di tale previsione si può agevolmente cogliere rifacendosi al contesto storico-culturale in cui la disposizione è stata pensata, scritta e approvata.

Nel corso delle sedute dell'Assemblea Costituente, è stato ricordato come lo Statuto albertino non parlasse della famiglia, in generale, né della donna in particolare; esso regolava soltanto i rapporti tra lo Stato e i cittadini, mentre non prevedeva alcun dovere dello Stato verso le famiglie né alcun contributo della famiglia alla salvezza morale della nazione⁶⁸.

Tuttavia, è stato, altresì, posto in luce come l'ordinamento giuridico e politico rappresentato dallo Statuto albertino abbia inciso profondamente sulla situazione della famiglia; infatti, in tutto il periodo in cui l'Italia è retta dallo Statuto albertino, i rapporti economici disciplinati all'interno della famiglia sanciscono l'inferiorità della donna⁶⁹.

Nelle parole dei costituenti, la situazione non sembra essere mutata con l'avvicinarsi del regime fascista che avrebbe aggravato lo stato di inferiorità della donna e in special modo, attraverso "l'umiliante campagna demografica", il sentimento della maternità⁷⁰.

Di qui, nasce e si sviluppa l'idea che una Costituzione democratica capace di rompere col passato e di indirizzarsi al legislatore futuro, debba riconoscere l'importanza sociale della maternità, intesa quest'ultima come diritto per la donna, per la madre, per i bambini ma anche come necessità per lo Stato italiano⁷¹.

Tuttavia, il dibattito in seno all'Assemblea Costituente si stempera tra l'esigenza dei costituenti di innovare rispetto al passato, e la preoccupazione di non ampliare a dismisura l'ingerenza dello Stato nelle questioni sociali.

⁶⁷ Sul carattere "esteso" della tutela della maternità, v. L. ARCIDIACONO, *Interruzione della gravidanza e principi costituzionali*, in *Dir. e soc.*, 1978, p. 730.

⁶⁸ Nadia Gallico Spano nella seduta, A. C. del 17 aprile 1947, p. 2960 - 2961.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Ibidem*, p. 2964 ss.

La storia dell'origine della formulazione della disposizione in esame evidenzia tale "antinomia". Mentre il progetto originario approvato dalla prima Sottocommissione prevedeva l'intervento dello Stato volto ad "*istituire e favorire*" gli organismi necessari alla protezione della maternità⁷², nella seduta dell'Assemblea plenaria del 23 aprile 1947, il Comitato di redazione presentò un nuovo testo, poi approvato, nel quale era stato eliminato il verbo "*istituendo*"⁷³.

La spiegazione di tale omissione venne chiarita durante l'illustrazione del testo finale dall'onorevole Ruini, il quale ricordando la polemica sull'opportunità "di non spingere troppo innanzi l'ingerenza statale"⁷⁴, dichiarò che era preferibile limitarsi al verbo "favorire".

In ogni caso, a prescindere dalle discussioni in merito ai limiti dell'intervento statale, il comune denominatore del dibattito costituzionale era rappresentato dalla convinzione generale che un moderno Stato democratico dovesse partire dalla protezione costituzionale della famiglia, e in particolare dal fondamentale fatto cui trae origine l'ordinamento familiare.

Ma quale è la "maternità" cui fa riferimento la disposizione costituzionale? Per rispondere a tale interrogativo è opportuno dare conto che l'art. 31, comma 2° Cost. non rappresenta l'unico riferimento formale alla maternità.

Come è noto, infatti, il disegno costituzionale deve essere completato dall'art. 37, comma 1° Cost., che nella prima parte assicura alla donna lavoratrice parità di trattamento e di retribuzione rispetto al lavoratore, nonché, nella seconda, "condizioni di lavoro" tali da "consentire" alla lavoratrice "l'adempimento della sua essenziale funzione familiare" e una "speciale adeguata protezione" sia alla madre che al bambino.

E' opportuno ricordare, tuttavia, che la citata disposizione costituzionale, approvata dall'Assemblea Costituente solo a seguito di un acceso dibattito sullo *status*

⁷² I Sottocommissione, seduta del 7 novembre 1946, in A.C. II, p. 661 ss. "lo Stato provvederà a un'adeguata protezione morale e materiale della maternità, dell'infanzia e della gioventù, *istituendo e favorendo* gli organismi necessari a tale scopo"; V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana, illustrata con i lavori preparatori, op. cit.*, p. 113.

⁷³ On. Ruini, A.C., p. 5370-1 (22 dicembre 1947). In realtà la relazione dell'on. Ruini, specifica come il Comitato di Redazione avesse poi modificato ulteriormente la formula aggiungendo un binomio o eniadi già presente in altre parti della Costituzione del tenore "la Repubblica promuove e favorisce". Ruini, come già ricordato, preferisce tornare al semplice "favorisce".

⁷⁴ On. Ruini, A.C., p. 5370-1(22 dicembre 1947).

della donna lavoratrice⁷⁵, è stata inserita in un preesistente e ben consolidato panorama legislativo sul lavoro delle donne (e dei minori)⁷⁶, il quale pur introducendo una disciplina di “protezione” per la donna, continuava a considerare il rendimento del lavoro femminile tendenzialmente inferiore rispetto a quello del lavoratore.

L’art. 37, pertanto, pur rimanendo per lungo tempo norma di natura meramente programmatica, rappresenta l’ambito precettivo cui si rivolge la logica dell’art. 31 Cost.

In tale prospettiva, la *ratio* della protezione costituzionale della maternità deve essere letta nella direzione della salvaguardia dell’integrità fisica e morale della donna nell’ambito del rapporto di lavoro, nel delicato periodo della gravidanza e del puerperio, e del bambino nel primo periodo successivo alla nascita, in modo che sia comunque assicurato alla madre la conservazione del posto di lavoro e in generale un trattamento né discriminatorio né lesivo dei preminenti valori familiari⁷⁷.

La “maternità” cui si rivolge la tutela costituzionale è, almeno nel pensiero dei primi commentatori, intesa sotto il profilo che interessa lo stretto rapporto biologico tra la madre e del bambino, la salute della madre e quella del neonato⁷⁸ in relazione allo *status* di lavoratrice, mentre si prescinde da qualsivoglia discriminazione tra la condizione di donna coniugata o non coniugata⁷⁹.

Tale conclusione viene avvalorata, altresì, dalla convergente interpretazione sistematica dell’art. 31 Cost. le cui linee direttive sono considerate parte di un sistema di sicurezza sociale che si trova specificato nelle garanzie dei diritti della donna e del

⁷⁵ Sul punto, si veda ampiamente C. SALAZAR, *Sub art. 37 Cost. nel Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, I. Utet, Torino, 2006, p. 759 ss., la quale rileva come il dibattito nell’Assemblea Costituente concerneva, da un lato, l’opportunità che il riferimento alla parità del rendimento rappresentasse la condizione per attribuire alla donna lavoratrice la parità di retribuzione, e dall’altro, la proposizione relativa al ruolo familiare della donna.

⁷⁶ Si ricordano in particolare: la L. 242/1902 “*Regolamentazione del lavoro delle donna e dei fanciulli*”, la L. 416/1919 “*Divieto di lavoro notturno per le donne e i fanciulli*” modificata dalla L. 1176/1919 “*Regolamentazione del lavoro delle donne e dei fanciulli*”, la L. 520/1910 “*Istituzione della Cassa di maternità*”.

⁷⁷ M. BESSONE, *Rapporti etico-sociali, op. cit.*, p. 139.

⁷⁸ Corte Cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in *Foro it.*, 1975, I, 515.

⁷⁹ A conferma di tale interpretazione si ricorda la L. 26 aprile 1950, n. 860 dal titolo “*Tutela fisica ed economica delle lavoratrici madri*” la quale in merito all’istituto dei riposi giornalieri riconosceva all’art. 9, il diritto a tali permessi esclusivamente alle madri che allattavano direttamente i loro figli, obbligandole, qualora il datore di lavoro avesse predisposto in azienda gli asili nido, le c.d. camere di allattamento, ad usufruire di tali locali senza possibilità di allontanarsi dal luogo di lavoro.

minore nei rapporti di lavoro (art. 37), nella tutela della salute (art. 32), nel diritto all'istruzione (art. 34), nel diritto alla retribuzione (art. 36), in coerenza con il principio dell'inviolabilità della personalità umana e nel rispetto del principio di eguaglianza sostanziale di ogni situazione familiare e di ogni rapporto che deriva dalla famiglia⁸⁰.

3.1. Dalla protezione della maternità alla tutela della “genitorialità”.

Se, dunque, in origine la finalità della tutela costituzionale della maternità è quella di salvaguardare la salute della madre e del bambino, in modo particolare nell'ambito del rapporto di lavoro, tale prospettiva è stata progressivamente superata dalla legislazione successiva e dagli interventi del giudice costituzionale⁸¹.

Invero, è stato rilevato come a partire dagli anni settanta del secolo scorso si è assistito ad una evoluzione del concetto stesso di maternità: dalla considerazione della stessa quale mero dato biologico, “episodio fisiologico che richiede interventi igienico-

⁸⁰ L. CASSETTI, *sub* art. 31 nel *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, I. Utet, Torino, 2006, p. 646.

⁸¹ Per una panoramica sulla legislazione e sulla giurisprudenza costituzionale si segnalano quanto alla prima: la L. 26 aprile 1950, n. 860, “*Tutela fisica ed economica delle lavoratrici madri*”; la L. 30 dicembre 1971, n. 1204 “*Tutela delle lavoratrici madri*”; la L. 9 dicembre 1977, n. 903 “*Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro*” preceduta dalla L. 19 maggio 1975 recante “*La riforma del diritto di famiglia*”; la L. 4 maggio 1983 “*Diritto del minore ad una famiglia*”. Nella copiosa giurisprudenza costituzionale: Corte Cost., n. 1/1987, che ha riconosciuto anche al padre lavoratore il diritto all'astensione dal lavoro e il diritto ai riposi giornalieri, ove l'assistenza della madre al minore sia divenuta impossibile per decesso o grave infermità; Corte Cost., n. 332/1988 che ha riconosciuto alle lavoratrici il diritto all'astensione facoltativa per il primo anno dall'ingresso del bambino in famiglia, nell'ipotesi di affidamento provvisorio, e il diritto all'astensione obbligatoria nei primi tre mesi successivi all'ingresso del bambino in famiglia, in caso di affidamento preadottivo; Corte Cost., n. 341/1991 che ha riconosciuto al padre lavoratore, in alternativa alla madre lavoratrice, il diritto all'astensione obbligatoria in caso di affidamento provvisorio; Corte Cost., n. 179/1993 che ha esteso al padre lavoratore in alternativa alla madre lavoratrice consenziente, il diritto ai riposi giornalieri per l'assistenza al figlio nel primo anno di vita; Corte Cost., n. 104/2003 che ha riconosciuto il diritto ai riposi giornalieri, in caso di adozione e affidamento, entro il primo anno dall'ingresso del minore in famiglia, anziché entro il primo anno di vita del bambino; Corte Cost., n. 385/2005, che riconosce anche al padre libero professionista il diritto di percepire, in alternativa alla madre, l'indennità di maternità.

sanitari”⁸², la maternità è divenuta sempre più quel “luogo delle relazioni affettive da tutelare in nome dell’interesse superiore dell’equilibrio psico-fisico del bambino”⁸³.

E’ nella legislazione speciale sul lavoro che si palesa tale trasformazione. In particolare, l’art. 6 della L. n. 903/1977 (“*Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro*”), attribuendo alle lavoratrici che abbiano adottato bambini o che li abbiano ottenuti in affidamento preadottivo la facoltà di avvalersi dell’istituto dell’astensione obbligatoria dal lavoro e del relativo trattamento economico, chiarisce come la protezione della maternità prescindendo dall’evento fisiologico del parto, per rivolgersi alla tutela di quei rapporti affettivi indispensabili per lo sviluppo del bambino tanto nella famiglia naturale quanto in quella adottiva.

Nella medesima direzione, si ricorda anche il progressivo ampliarsi del periodo di astensione obbligatoria dal posto di lavoro previsto dalla legislazione succedutasi nella disciplina di tale istituto: se, infatti, la L. 2 luglio 1929 n. 1789, prevedeva solamente il primo mese dopo il parto, la successiva L. n. 860/1950 (“*Tutela fisica ed economica delle lavoratrici madri*”) lo estendeva a otto settimane, mentre il vigente Testo Unico protrae il periodo di “interdizione”, di regola, fino a tre mesi dopo il parto.

Percorrendo tale linea evolutiva, la giurisprudenza costituzionale è giunta a ridefinire la posizione della donna rispetto ai diritti e doveri connessi alla maternità, riconoscendo progressivamente il diritto-dovere anche del padre di condividere i medesimi oneri⁸⁴.

Tale *iter* è illustrato in maniera incisiva dalla decisione della Corte Costituzionale n. 1/1987, la quale ha delineato, per la prima volta, gli interessi di cui sono portatori tutti i soggetti coinvolti in tale complesso rapporto⁸⁵.

I giudici della Consulta, infatti, nel sottolineare come la nuova legislazione⁸⁶ sviluppi la coscienza della funzione sociale della maternità rileva come proprio la stessa

⁸² C. COLAPIETRO, *Dalla tutela della lavoratrice madre alla tutela della maternità e dell’infanzia: l’evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, in *Giur. it.*, 2000, V, p. 1317 ss. ed ivi ampi riferimenti bibliografici.

⁸³ L. CASSETTI, *sub art. 31*, nel *Commentario alla Costituzione* a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, I, Utet, Torino, 2006, p. 641 ss.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ Corte Cost., 19 gennaio 1987, n. 1, in *Dir. fam. pers.*, 1987, I, p. 507 ss.

⁸⁶ Il riferimento è alla legge 30 dicembre 1971, n. 1204 che migliora sensibilmente la legge 26 aprile 1950 n. 860 e la legge 31 dicembre 1977 n. 903 già citate.

normativa, unitamente alla salute della madre e del bambino, faccia emergere “la considerazione degli interessi del bambino che appare destinatario concorrente, quando non prevalente ed esclusivo di significative previsioni nella legge stessa rinvenibili”⁸⁷.

L’oggetto della protezione nella fase successiva al parto è rappresentato dal rapporto madre-bambino, considerato non solo in relazione ai bisogni propriamente biologici, ma anche per ciò che attiene all’attiva ed assidua partecipazione della madre allo sviluppo fisico e psichico del figlio, in relazione alle esigenze di carattere relazionale e affettivo che sono collegate allo sviluppo della personalità del bambino.

In tale prospettiva, quindi, la Corte nel riconoscere la preminenza dell’interesse del bambino, ritiene che questo possa realizzarsi unitamente a quello della madre, se ciò è possibile, ma anche autonomamente qualora la madre non sia in condizione di realizzarlo concretamente, entrando in considerazione, in tale ipotesi, il diritto del padre lavoratore ad avvalersi delle prerogative della madre lavoratrice⁸⁸.

Da un lato, quindi, l’estensione del concetto di maternità conduce l’interprete a considerare tutti i soggetti portatori dei diversi interessi coinvolti nel rapporto affettivo, dall’altro, la rilevanza dell’interesse pubblico da tutelare conduce la giurisprudenza costituzionale ad affermare che il fondamento della protezione costituzionale della maternità prescinde dagli aspetti soggettivi e più in generale dal collegamento con lo svolgimento di un’attività lavorativa, mentre si è ancora sempre più spesso, al dato oggettivo dell’evento-maternità.

Esemplare, a tal proposito, è la decisione n. 405/2001 della Corte Costituzionale, la quale sul presupposto che la tutela del principio di protezione della maternità non può venir meno in relazione alle cause di risoluzione del rapporto di lavoro, ha riconosciuto il diritto all’indennità di maternità alla lavoratrice licenziata per colpa grave, cioè in un’ipotesi di risoluzione per giusta causa, durante il periodo di interdizione dal lavoro⁸⁹.

⁸⁷ Corte Cost., n. 1/1987 cit.

⁸⁸ Vedi, altresì, Corte Cost., n. 179/1993 che ha riconosciuto al padre lavoratore in alternativa alla madre consenziente di godere dei riposi giornalieri previsti dalla legge n. 1204/1971 art. 10. al fine di assistere il figlio nel primo anno di vita; Corte cost., n. 215/1990. Per l’estensione alle lavoratrici autonome, v. Corte Cost., 28 novembre 2002, n. 495, con nota di R. NUNIN, *Parto prematuro congedo post partum: la Consulta a tutela delle lavoratrici autonome*, in *Fam. e dir.*, 2003, p. 113 ss.

⁸⁹ Corte Cost., 14 dicembre 2001, n. 405, con nota di M. LUCIANI, *La protezione della maternità davanti alla Corte. Brevi note sulla sent. n. 405 del 2001*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 3916 ss., ove l’a. evidenzia

Ma è nel d.lgs. n. 151 del 2001 (Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'art. 15 della l. 18 marzo 2000 n. 53⁹⁰), che si trova compendiato il risultato di questa graduale evoluzione della disciplina sulla tutela della maternità.

In esso, infatti, trova attuazione il principio di parità e uguaglianza dei genitori che svolgono attività lavorativa e si sancisce in maniera definitiva l'equiparazione dei genitori adottivi o affidatari a quelli biologici.

In particolare, per quanto rileva in questa sede, è da segnalare come la normativa testè citata contempli, accanto ad ipotesi in cui il diritto del padre è "derivato" da quello della madre, come nel caso di astensione obbligatoria, altre fattispecie ove il diritto del padre è per così dire "originario", cioè svincolato dall'impossibilità per la madre di esercitare il medesimo diritto.

La normativa, infatti, consente ad entrambi i genitori e fino al compimento degli otto anni di età del bambino, per i figli adottivi o in affidamento fino al dodicesimo anno di età, di godere di periodi di astensione facoltativa, continuativi o frazionati, senza necessità di giustificarli ponendo attenzione al preavviso, se dovuto, e alla durata singola e complessiva dei periodi di astensione.

Tale progressiva modificazione del sistema, il cui impulso determinante è derivato dalla normativa comunitaria, pone il fondamento per una attuazione della tutela della "maternità" che volge verso la "genitorialità"⁹¹.

Tuttavia, tale evoluzione verso la "genitorialità", pretesa a livello europeo, anticipata dall'alluvionale giurisprudenza della Corte Costituzionale, e, infine, codificata dal legislatore nazionale, si palesa *ictu oculi*, limitata, parziale, atteso che la stessa conduce ad una tendenziale parificazione della posizione genitoriale negli effetti del rapporto, non nel suo fondamento⁹².

come nel caso in esame, il riconoscimento dell'indennità di maternità appaia comunque "occasionata" dal rapporto di lavoro e, tuttavia, a tale rapporto "non condizionata".

⁹⁰ Pubblicato nel *Supplemento alla Gazzetta Ufficiale* n. 96 del 26 aprile 2001, in vigore dal 27 aprile 2001. Si ricorda, altresì, che la legge 8 marzo 2000 n. 53, recante "*Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento di tempi della città*" è stata emanata a seguito della Direttiva comunitaria 96/34/CE del 3 giugno 1996.

⁹¹ L. CASSETTI, *sub art. 31, op. cit.*, p. 648.

⁹² L. ARCIDIACONO, *Interruzione della gravidanza e principi costituzionali, op. cit.*, p. 723. V. p. 727 *op. cit.* sul significato dell'espressione maternità nel secondo comma dell'art. 31 Cost. : "[...] la nostra

3.2. Il “privilegio” della maternità nella costituzione dello *status* di figlio⁹³.

Nonostante la progressiva parificazione della situazione giuridica del padre nella condivisione dei diritti e doveri che derivano dalla maternità al punto che in tale accezione si è soliti comprendere anche la posizione del padre in qualità di soggetto titolare di un autonomo interesse alla genitorialità, tuttavia, è stato posto in luce come tale evoluzione non abbia coinvolto “l’aspettativa” della paternità.

E’ stato efficacemente rilevato, se pure nell’ambito di un discorso specifico relativo al problema dell’aborto compiuto da donna coniugata, come l’ordinamento contrapponga ad “una vigile cura per le conseguenze realizzate della paternità” una sorta di “disprezzo” per l’aspettativa della stessa⁹⁴.

Le norme del codice civile, infatti, depongono nel senso di preferire la madre nella formazione dello *status* di figlio di guisa che può condividersi il pensiero di quella dottrina la quale ha teorizzato l’esistenza di un “privilegio” della maternità nella

opinione è che la formula e l’inserimento della proclamazione nel contesto dell’articolo citato abbiano il significato di porre in evidenza non tanto l’impegno della Repubblica di proteggere la donna in stato di gravidanza (il che è anche, ma in via subordinata e consequenziale), quanto, piuttosto di proteggere una fase di vita e la pre-vita, che coinvolgono in egual misura la donna e l’uomo, ma anche il nascituro e la società. La figura “della maternità” prospettata dal costituente, è, appunto, la sintesi dei rapporti e delle aspettative giuridicamente qualificati o qualificabili che convergono in una sola persona, nella quale la fase vive e si svolge dal concepimento alla nascita, come un bene comune che si realizza o si perde, assieme, anzitutto per i protagonisti”; D. VINCENZI AMATO, *Famiglia, maternità e paternità nella disciplina dell’aborto*, in *Giur. cost.*, 1988, p. 1714 - 1721. ss. Cfr., in particolare p. 1720 ove l’a. afferma come sia difficile escludere dalla tutela che l’art. 31, comma 2° Cost. accorda alla maternità, la tutela di quel bene in sé che è il bambino in formazione, riducendola tutta in termini di tutela della donna durante la gravidanza e dopo il parto. E aggiunge, “E’ una tutela non traducibile in termini di diritti inviolabili del feto, ma neppure riconducibile ad un’estensione dei diritti della madre affidati alla sua piena disponibilità”.

⁹³ L’espressione è di P. ZATTI, *Il diritto della filiazione: dal dominio dei modelli al problema degli interessi*, op. cit., p. 83.

⁹⁴ A. DE CUPIS, *L’aborto di donna coniugata*, in *Giur. it.*, 1988, I, p. 1073 ss., ove l’autore nella conclusione del discorso evidenzia un “disprezzo dell’ordinamento per l’aspettativa della paternità” cui si contrappone “la vigile cura dello stesso ordinamento per le conseguenze realizzate della paternità”. Quindi, conclude l’a. “ampia tutela del nato, vigile cura per l’assolvimento dei compiti paterni relativi allo stesso nato; ma nessun diritto alla paternità, malgrado che a seguito del concepimento il figlio sia *in fieri*...”.

formazione dello *status* del figlio⁹⁵.

Secondo l'indirizzo testè ricordato, infatti, le novità introdotte dal legislatore ordinario con la riforma del diritto di famiglia, nell'intento di rendere compatibile il sistema giuridico vigente con i principi costituzionali, delineano una sostanziale parità tra la posizione del padre e della madre, e in special misura, se anche coniugi.

Una prima immediata indicazione è ravvisabile nella disciplina del riconoscimento della filiazione naturale. Come è noto, infatti, l'art. 250, comma 1° c.c. prevede che il figlio possa essere riconosciuto da uno o da entrambi i genitori; tuttavia se è riconosciuto da entrambi, il genitore che lo ha riconosciuto per primo può opporsi al riconoscimento del secondo genitore, qualora il figlio sia minore di sedici anni; inoltre, ha titolo ad attribuire il proprio cognome (art. 262 c.c.) e, salvo il caso di convivenza, di esercitare la potestà (art. 317 *bis* c.c.).

Il quadro normativo delinea delle pregorative per il genitore che per primo ha effettuato il riconoscimento.

Tuttavia, è opportuno evidenziare, anticipando quanto verrà trattato nel prosieguo del discorso, come la madre possa avvalersi della facoltà di non essere nominata al momento del parto⁹⁶ (art. 30, comma 1° e 2° d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396, *Regolamento per la revisione e semplificazione dell'ordinamento dello stato civile a norma dell'art. 2 comma 12° della L. 15 maggio 1997, n. 127*⁹⁷).

Tale soluzione è stata ritenuta conforme ai principi costituzionali dalla Corte Cost., la quale nella decisione n. 425 del 25 novembre 2005, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 28, comma 7° della legge 4 maggio 1983 n. 184 (*"Disciplina dell'adozione e dell'affidamento del minore"*), sostituito dall'art. 177, comma 2°, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (*"Codice in materia di protezione dei dati personali"*) che vieta all'adottato l'accesso alle informazioni sulle sue origini qualora la madre naturale abbia manifestato la volontà di

⁹⁵ P. ZATTI, *Familia, Familiae - Declinazione di un'idea. Il Valori e figure della convivenza e della filiazione*, op. cit., p. 359 ss.

⁹⁶ Nel capitolo successivo, si vedranno le differenti conseguenze che tale l'esercizio di tale facoltà comporta sulla costituzione dello *status* di madre, rispettivamente legittima o naturale.

⁹⁷ L'art. 30 d.p.r. n. 396 del 2000 prevede che la "dichiarazione di nascita è resa da uno dei genitori, da un procuratore speciale ovvero dal medico o dalla ostetrica o da altra persona che ha assistito al parto, rispettando l'eventuale volontà della madre di non essere nominata".

non voler essere nominata nella dichiarazione di nascita⁹⁸.

L'argomentazione prospettata dalla Consulta, - a fronte della richiesta del rimettente di ottenere una sentenza additiva dichiarativa dell'illegittimità costituzionale della norma citata nella parte in cui, qualora la madre naturale abbia manifestato la volontà di non essere nominata, non condiziona il divieto per l'adottato di accedere alle informazioni sulle origini alla previa verifica, da parte del giudice, dell'attuale persistenza di quella volontà, - muove dalla considerazione che la norma impugnata, in quanto espressione di una ragionevole valutazione comparativa dei diritti inviolabili dei soggetti della vicenda, non si pone in contrasto con i parametri costituzionali invocati, artt. 2, 32 e 3 Cost..

Ed ancora.

Come è noto, l'ordinamento ammette la facoltà del riconoscimento prenatale: l'art. 254 c.c., infatti, prevede, tra le forme del riconoscimento, la dichiarazione - posteriore al concepimento - davanti ad un ufficiale dello stato civile.

L'art. 44 del menzionato regolamento dello stato civile consente al padre di riconoscere il proprio figlio nascituro solo quando vi sia il precedente o contestuale riconoscimento da parte della madre.

Tale discriminazione viene giustificata, secondo la giurisprudenza prevalente, in ragione della previsione di cui all'art. 258, comma 2° c.c. che non consente di indicare nell'atto di riconoscimento di un coniuge indicazioni relative all'altro coniuge, cioè della madre.

Da tali brevi annotazioni discende che la disciplina sul primo riconoscimento è volta a favorire la madre⁹⁹.

Nell'ipotesi di coppia coniugata, la Cassazione¹⁰⁰ è giunta ad affermare la

⁹⁸ Cfr. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, 13 febbraio 2003, *Odièvre c. Francia* ric. N. 42326/98, par. 19, in *Riv. internazionale dei diritti dell'uomo*, XVI, n. 1 Winter, 2003, p. 183-198.

⁹⁹ M. C. BIANCA, *La filiazione: bilanci e prospettive a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia*, op. cit., p. 210, nota (9), dove l'a. evidenzia come la norma concerna l'atto di riconoscimento e non altri atti, quali, la disposizione testamentaria o le donazioni fatte in favore del nascituro concepito non riconosciuto dalla madre.

¹⁰⁰ Cass., Sez. I, 2 aprile 1987, n. 3184 in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, p. 702 con nota di S. BOCCACCIO. Sul problema si veda, ampiamente, S. PICCININI, *Il genitore e lo status di figlio nel diritto di famiglia italiano*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 51 ss. ed ivi riferimenti bibliografici; cfr., altresì, *infra*, sub Cap. II.

subordinazione della presunzione di paternità alla formazione dell'atto di nascita di guisa che la donna sposata può denunciare la nascita del figlio come proprio figlio naturale ed escludere in tal modo l'operatività della presunzione di paternità del marito¹⁰¹.

La prevalenza della volontà madre è sancita nella legge n. 194 del 22 maggio 1978 recante “*Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*”¹⁰², nella quale la decisione abortiva è rimessa all'esclusiva determinazione della madre.

La giustificazione fattuale di detta scelta poggia sul dato biologico; la veste giuridica poggia sulla preminenza accordata dal legislatore all'interesse per la salute della madre che fa capo all'art. 32 Cost.

Il richiamo costante del diritto alla salute della donna rappresenta la traduzione, in termini giuridici, del fondamento naturale della maternità.

In altre parole, sembra innegabile che “la salute” intervenga perché la madre è, fisicamente, la gestante, la partorientente.

*

Si è visto come il percorso condotto nella prospettiva della “tutela costituzionale della maternità” abbia prodotto le seguenti conclusioni.

1) La “maternità” cui si riferiscono espressamente le norme della Costituzione, nel pensiero dei Costituenti e dei primi commentatori, è quell’“evento biologico” che coinvolge la madre e il neonato, nel periodo immediatamente prima e dopo il parto, specie in relazione con il rapporto di lavoro di cui è eventualmente titolare la gestante.

2) L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale accompagnata dall'intensa attività novellatrice del legislatore giungono ad ampliare la portata del significato letterale “maternità” attraverso una interpretazione estensiva del diritto costituzionalmente garantito, venendo in considerazione tutti i soggetti titolari di autonomi interessi nell'evento generativo tra cui risalta la posizione del padre in se e per se considerato, legittimo, naturale, adottivo.

¹⁰¹ P. ZATTI, *Il diritto della filiazione: dal dominio dei modelli al problema degli interessi*, op. cit., p. 84 “Così la madre [...] “governa” in qualche modo anche le presunzioni, perché dichiarando la filiazione naturale la esclude, e tacendo la lascia operare”.

¹⁰² Si veda altresì la questione del consenso alla diagnosi prenatale.

3) La progressiva estensione ed equiparazione delle prerogative del padre, analizzate con riferimento alla legislazione speciale lavoristica, si rivolge agli effetti del rapporto genitoriale, non alla costituzione dello *status* giuridico di padre.

4) Permangono, infatti, nell'ordinamento giuridico posizioni privilegiate della madre nella costituzione dello *status* del figlio, e di conseguenza nell'accertamento della maternità.

5) Per quanto l'interpretazione del combinato disposto degli artt. 30, comma 2°, 37, comma 1°, 2° e 3° Cost. conduca ad un'estensione dell'accezione "maternità" in grado di comprendere anche la posizione del padre, quale soggetto meritevole di tutela costituzionale, tuttavia, tale "copertura" si occupa di garantire il ruolo del padre negli effetti non nell'origine del rapporto genitoriale.

L'art. 30, comma 2° Cost. costituisce senza dubbio un snodo decisivo nell'indagine che ci occupa, in special modo laddove ha rappresentato il trampolino per l'emersione dell'interesse del padre coinvolto nell'evento generativo, tuttavia, tale norma non può condurre ad affermare l'esistenza nell'ordinamento costituzionale di una specifica situazione giuridica soggettiva qualificante la (sola) paternità.

4. La tutela dei rapporti familiari nella prospettiva del riconoscimento dei "diritti inviolabili" dell'uomo.

Una strada percorribile nella ricerca di un fondamento costituzionale della paternità naturale viene suggerita dalle recenti soluzioni giurisprudenziali in ordine alla configurabilità della responsabilità aquiliana nell'ambito dei rapporti familiari.

Come è noto, la problematica ha radici molto antiche e soluzioni divergenti, non solo sotto il profilo storico, ma altresì, comparatistico¹⁰³.

¹⁰³ Cfr., ampiamente S. PATTI, *Il declino della immunity doctrine nei rapporti familiari*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, p. 378 ss., il quale ricorda lo scritto di vent'anni prima di P. RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, p. 415 ss. L'autore, in particolare, ripercorre le tappe rilevanti del cammino che ha condotto la *common law* ad abbandonare lentamente il principio della immunità nei rapporti familiari. Per quanto concerne i rapporti tra coniugi, l'a. rileva come secondo i principi di *common law* rimasti in vigore fino agli ultimi decenni del secolo scorso, vigesse il principio della *unity of spouses*, di matrice giurisprudenziale, cioè della fusione dell'identità legale di marito e moglie per cui dal punto di vista

Senza pretesa di completezza, è opportuno considerare come la materia, oggetto di studio anche della recente dottrina italiana¹⁰⁴, vada inquadrata nel panorama evolutivo che contraddistingue, da un lato, il diritto di famiglia e la stessa concezione sociologica della stessa, dall'altro, l'istituto della responsabilità civile¹⁰⁵.

Sotto il primo profilo, è opportuno ricordare come il diritto di famiglia sia stato inizialmente interpretato dalla dottrina¹⁰⁶ e dalla giurisprudenza prevalente¹⁰⁷ come un ordinamento autonomo, completo, autosufficiente, tale per cui, a fronte di qualsivoglia lesione di posizioni giuridiche o rapporti fondati su vincoli familiari, soccorreva uno specifico e tipico rimedio del diritto di famiglia.

Questa concezione si rifaceva a quell'idea di famiglia, quale "società naturale" di cui negli anni a ridosso della promulgazione della Costituzione, si disse che "il diritto può solo lambire"¹⁰⁸.

sostanziale, non era ammissibile una responsabilità acquiliana nei rapporti di coniugio e, dal punto di visto processuale, non era nemmeno configurabile visto che il marito rivestiva nel medesimo giudizio la qualità di attore e convenuto. Diversamente, l'a. rileva come nel nostro ordinamento manchino decisioni giurisprudenziali su questo aspetto, di guisa che il principio dell'immunità nei rapporti familiari è stata determinata dalle regole del costume. Per quanto concerne il profilo del rapporto genitori-figli, l'autore evidenzia la diversità di soluzioni adottate negli Stati Uniti dove vigeva il principio dell'immunità e la *common law* dove il principio dell'*immunity* non è mai stato ammesso attesa l'inesistenza della *unity* cioè di quell'identità che costituiva il fondamento dell'immunità per i coniugi. Di recente, per il profilo comparatistico, cfr. R. TORINO, *Il risarcimento del danno in famiglia: profili comparatistici*, nel *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, a cura di P. Cendon, III, 2004, Cedam, Padova, p. 2673-2721.

¹⁰⁴ S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, cit. ove l'a. sottolinea la differenza dell'approccio al tema tra la dottrina italiana e quella anglosassone ove è abituale il collegamento tra i due ambiti. Per una panoramica bibliografica sui diversi paesi europei cfr., *Ibidem*, nota (3), p. 2.; A. FRACCON, *Relazioni familiari e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2003; P. CENDON, G. SEBASTIO, *Lui, lei e il danno. La responsabilità civile tra i coniugi* in *Res. civ. e prev.*, 2002, p. 1257; M. FINOCCHIARO, *La ricerca di tutela della parte più debole non deve "generare" diritti al di là della legge*, in *Guida al dir.*, 2002, p. 37.

¹⁰⁵ E. CARBONE, *Requiem per un'immunità: violazione dei doveri coniugali e responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2006, p. 701; l'a. si rifà a G. FERRANDO, *La crisi coniugale tra rimedi tradizionali e responsabilità civile*, in *Rapporti familiari e responsabilità civile* a cura di F. Longo, Giappichelli, Torino, 2004, p. 47.

¹⁰⁶ S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, cit.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 605.

¹⁰⁷ Cass., Sez. I, 21 marzo 1993, n. 3367, in *Mass. Giust. civ.*, 1993, 535 e Cass., Sez. I, 6 aprile 1993, n. 4108, in *Mass. giust. civ.*, 1993, 624. Per un commento a tali decisioni v., a A. FRACCON, *Relazioni familiari e responsabilità civile*, cit. In senso contrario, v. Cass., n. 2468/1975; Cass., n. 5866/1995.

¹⁰⁸ E' la nota espressione di A. C. Jemolo che risale al 1949.

Del citato orientamento sono espressione, in relazione allo specifico rapporto coniugale, le decisioni n. 3367 e n. 4108 della Suprema Corte di Cassazione¹⁰⁹, la prima delle quali ha affermato che nel caso di addebito della separazione, la tutela risarcitoria di cui all'art. 2043 c.c. non può essere invocata per la mancanza di un danno ingiusto; la seconda, invece, ha considerato che dalla separazione personale dei coniugi può derivare sul piano economico, solo il diritto all'assegno di mantenimento e che tale diritto esclude la possibilità di chiedere anche il risarcimento del danno a qualsiasi titolo subito a causa della separazione addebitabile all'altro coniuge, atteso che il legislatore ha previsto specificamente, e quindi esaustivamente, le conseguenze della separazione all'interno della disciplina del diritto di famiglia.

Tale concezione, trae origine da una originaria idea di famiglia improntata sul principio gerarchico, dove, si è già detto, il *pater familias* dominava ogni aspetto dell'esistenza del gruppo familiare¹¹⁰.

Con la Riforma del 1975, seguita da altri importanti interventi legislativi¹¹¹, si consolida una nuova dimensione della realtà familiare che si ripercuote inevitabilmente nell'area del danno ingiusto: per individuare solo alcuni dei tratti salienti del cambiamento si ricorda la progressiva attuazione del principio costituzionale di eguaglianza nei rapporti di coniugio, la lenta emersione dell'interesse del minore quale perno attorno al quale ruota il rapporto di filiazione, e, più in generale, si assiste allo svolgimento di un processo volto ad accentuare l'individuo e la sua personalità all'interno del gruppo familiare.

E' stato posto in luce come la famiglia cessa di "essere un territorio "separato" dal diritto comune nel quale i coniugi entrano spogliandosi delle prerogative che proteggono la personalità individuale. Le regole di protezione dei diritti fondamentali non trovano ostacolo nel recinto coniugale, ma penetrano a permeare tutta la vita

¹⁰⁹ Cass., Sez. I, 21 marzo 1993 n. 3367, in *Mass. giust. civ.*, 1993, 535; Cass., Sez. I, 6 aprile 1993, n. 4108, in *Mass. giust. civ.*, 1993, 624.

¹¹⁰ A tal proposito, S. PATTI, *Il declino della immunity doctrine nei rapporti familiari*, op. cit., p. 380, afferma "può comunque fin d'ora osservarsi che il superamento del suddetto principio contribuisce a favorire la regolare applicazione delle regole sulla responsabilità civile nei rapporti familiari".

¹¹¹ La l. 1° dicembre 1970, n. 890, modificata dalla l. 6 marzo 1987, n. 74; la l. 4 maggio 1983, n. 184 modificata dalla l. 28 marzo 2001, n. 149; la l. 4 aprile 2001, n. 154 fino alla recentissima l. 8 febbraio 2006, n. 54, recante "*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*".

familiare. La conseguenza è importante: ciò che cambia è il contenuto stesso dei diritti e dei doveri reciproci dei coniugi - e per ovvia influenza, il contenuto dei poteri dei genitori e dei diritti e doveri dei figli. Coniugi e figli sono chiamati a un comportamento nuovo, che ha per legge fondamentale lo svolgimento della personalità di ciascuno, nel modo più pieno e soddisfacente all'interno del gruppo familiare”¹¹².

La conseguenza di tale lento ma inesorabile processo determina una “perdita di importanza del significato sociale della famiglia”¹¹³ di guisa che prevale la dimensione individuale su quella collettiva del gruppo.

Il paradigma di tale progressiva evoluzione viene espressa con chiarezza dalla recente legge 4 aprile 2001, n. 154 recante “*Misure contro la violenza nelle relazioni familiari*”¹¹⁴, la quale prevedendo l’allontanamento per ordine del giudice dalla casa familiare dell’autore della violenza attribuisce valore preminente alla tutela della persona vittima della lesione piuttosto che all’unità della famiglia.

Per il secondo aspetto, è doveroso porre in luce, se pure in via generale, l’evoluzione che ha subito l’istituto della responsabilità civile in particolare per ciò che riguarda la risarcibilità del danno non patrimoniale alla persona.

Si ricorda, infatti come l’orientamento tradizionale della giurisprudenza precedente al 1986¹¹⁵, ritenesse che l’unico danno risarcibile ai sensi dell’art. 2043 c.c., fosse quello patrimoniale, mentre i danni non patrimoniali erano risarcibili, giusta la previsione dell’art. 2059 c.c., solo nei casi previsti dalla legge.

In tale quadro, mal si collocava il danno alla persona: esso, infatti, per il suo carattere non patrimoniale, non era risarcibile ai sensi del 2043 c.c., né tantomeno poteva supplire il disposto dell’art. 2059 c.c. che ammetteva la risarcibilità, in concreto, solo nelle ipotesi di reato.

In conclusione, il danno alla persona era risarcibile solo in quanto produttivo di conseguenze patrimoniali.

Come è noto, tale orientamento è stato, a poco a poco, scalfito da successivi

¹¹² P. ZATTI, *Introduzione*, op. cit., p. 22.

¹¹³ S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, op. cit., p. 12.

¹¹⁴ Per un commento alla legge citata, cfr., R. PACIA DEPINGUENTE, *Presupposti soggettivi degli ordini di protezione e problemi di coordinamento con gli artt. 330 ss. c.c.*, in *Famiglia*, 2004, I, p. 759 ss.; L. A. SCARANO, *L’ordine di allontanamento dalla casa familiare*, ivi, 2003, p. 331 ss.

¹¹⁵ Corte Cost., 14 luglio 1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, I, 2976.

interventi giurisprudenziali i quali hanno ammesso la risarcibilità del danno alla persona, sussunto nell'alveo dell'art. 2043 c.c., a prescindere dalle conseguenze patrimoniali derivate dalla lesione della persona. La nota decisione del Tribunale di Genova, risalente al maggio del 1974, segna per la prima volta l'ingresso nell'ordinamento giuridico della figura del danno biologico, considerato come lesione dell'integrità fisica in sé e per sé considerata, di carattere non patrimoniale, risarcibile cumulativamente al pregiudizio patrimoniale¹¹⁶.

Il passaggio decisivo è la “nuova” considerazione dell'art. 2043 c.c., che da clausola specifica posta a tutela della risarcibilità del danno patrimoniale, diviene, nelle applicazioni della giurisprudenza di legittimità degli anni ottanta¹¹⁷, “una clausola generale” la quale, imponendo “il risarcimento del danno ingiusto senza alcuna altra specificazione, si rivolge ad un *genus* caratterizzato dall'ingiustizia del danno”.

Accanto alle tradizionali categorie del danno patrimoniale e non patrimoniale, si ammette la configurabilità del danno biologico, inteso come “la menomazione dell'integrità psicofisica della persona in sé e per sé considerata in quanto incidente sul valore uomo in tutta la sua concreta dimensione che non si esaurisce nella sola attitudine a produrre ricchezza, ma si collega alla somma delle funzioni naturali afferenti al soggetto nell'ambiente in cui la vita si esplica ed aventi rilevanza non solo economica, ma anche biologica, sociale, culturale ed estetica”^{118 119}.

¹¹⁶ Trib. Genova, 25 maggio 1974, in *Giur.it.*, 1975, I, 2, 54 nella quale si legge “Nell'ipotesi di lesioni fisiche della persona, per la determinazione del danno risarcibile occorre considerare due distinti profili: da un lato, il pregiudizio di ordine patrimoniale subito dal danneggiato in conseguenza della lesione (da accertarsi nella sua concreta effettività), dall'altro - e cumulativamente - il pregiudizio non patrimoniale consistente nel “danno biologico”, cioè nella lesione dell'integrità fisica in sé e per sé considerata”.

¹¹⁷ Cass., Sez. II, 6 aprile 1983, n. 2396, in *Dir. fam. pers.*, 1984, I, p. 854; Cass., Sez. III, 20 agosto 1984, n. 4661, in *Resp. civ. e prev.*, 1985, p. 211.

¹¹⁸ Cass., Sez. III, 20 agosto 1984, n. 4661, cit. Ma è con la nota decisione della Corte Costituzionale n. 184/1986 che si addivene alla definitiva consacrazione del danno biologico; si tratta in realtà di una pronuncia interpretativa di rigetto con la quale la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla conformità a Costituzione dell'art. 2059 c.c., il quale limitando la risarcibilità del danno non patrimoniale ai casi previsti dalla legge, sembrava escludere la possibilità di risarcire il danno biologico. Di contro, la Corte ha precisato come la disposizione richiamata ponendo una riserva di legge, si riferisca al solo danno morale subiettivo, cioè qualora dall'illecito che costituisce anche reato consegua un danno morale subiettivo.

¹¹⁹ Sull'evoluzione della nozione di danno esistenziale, cfr. Cass., Sez. Un., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Dir. fam. pers.*, 2006, I, p. 1572, con nota di P. VIRGADAMO, *Art. 2059 c.c. e responsabilità per*

Com'è noto, la tradizionale configurazione del danno alla persona brevemente descritta, è stata recentemente rivisitata dall'intervento della giurisprudenza costituzionale¹²⁰ e di legittimità¹²¹, le quali hanno prospettato una nuova sistemazione dell'istituto, riconducendo "a razionalità e coerenza il tormentato capitolo della tutela risarcitoria del danno alla persona"¹²².

Secondo tale orientamento, il danno si distingue in patrimoniale e non patrimoniale; il primo trova il proprio riferimento normativo nell'art. 2043 c.c., il secondo nell'art. 2059 c.c., che viene interpretato quale norma tesa a ricomprendere ogni ipotesi di danno di natura non patrimoniale derivante da lesioni di valori inerenti alla persona.

Nell'astratta previsione dell'art. 2059 c.c. si ricomprende quindi, sia il danno morale soggettivo, inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima, sia il danno biologico in senso stretto inteso come lesione dell'interesse, costituzionalmente garantito, all'integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico¹²³; sia, infine, il danno esistenziale derivante dalla lesione di

inadempimento: l'“ingiustizia conformata” come criterio generale di risarcibilità del danno non patrimoniale ed i limiti dell'autonomia privata, e Cass., Sez. III, 12 giugno 2006, n. 13546, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, p. 1439 ss. con nota di P. ZIVIZ, *La fine dei dubbi in materia di danno esistenziale*; in *Dir. e giust.*, 2006, 28, p. 14 con nota di M. DI MARZIO, *Il danno esistenziale? Ormai sdoganato*.

¹²⁰ Corte Cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Foro it.*, I, 2201, con nota di E. NAVARRETTA, *La Corte costituzionale e il danno alla persona “in fieri”*.

¹²¹ Cass., Sez. III, 31 maggio 2003, n. 8827, in *Foro it.*, I, 2273; Cass., Sez. III, 31 maggio 2003, n. 8828, in *Foro it.*, 2003, I, 2272.

¹²² Corte Cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Foro it.*, I, 2201.

¹²³ Sul nuovo corso del danno biologico delineato nel d. lgs. n. 209 del 7 settembre 2005 (*Codice delle assicurazioni private*), cfr., M. BONA, *Il danno biologico nel “Codice delle assicurazioni”: questioni di costituzionalità della nuova disciplina*, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, p. 103; in particolare sulla nuova definizione del danno biologico di cui all'art. 138 d. lgs. n. 209/2005, comma 2° lettera a), prevista dal comma 2° dell'art. 139 “per danno biologico si intende la lesione temporanea o permanente dell'integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito”. Sulla nuova definizione del danno biologico “pluridimensionale”, cfr. Cass., n. 24451/2005 la quale ponendosi in contrasto con la “trina” classificazione del danno non patrimoniale della citata giurisprudenza del 2003, propone l'individuazione di “quattro dimensioni essenziali del danno biologico”, tra le quali, la dimensione psichica, quella fisica a prova scientifica, l'incidenza negativa sulle attività quotidiane, e la perdita degli aspetti dinamico relazionali della vita del danneggiato. Vedi, ampiamente, A. FIORI, *La nuova scossa di assestamento nella travagliata storia del danno alla persona da responsabilità civile*, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, 28, p. 713.

altri interessi di rango costituzionale inerenti alla persona.

La Cassazione, in particolare, il cui pensiero è stato prontamente recepito e rafforzato dal Giudice Costituzionale¹²⁴, ha prospettato un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., argomentando la preclusione letterale sulla risarcibilità del danno "nei casi determinati dalla legge", nel senso di ammettere la risarcibilità del danno non solo nelle tradizionali ipotesi previste dalla legge (art. 185 c.p.), ma anche qualora la lesione coinvolga beni o interessi previsti e tutelati nella Costituzione.

In tale prospettiva, quindi, nella citata decisione, venendo in rilievo la lesione, o meglio, la perdita del rapporto parentale, la Cassazione chiarisce come "l'interesse fatto valere nel caso di danno da uccisione di congiunto è quello all'intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà nell'ambito della famiglia, all'inviolabilità della libera e piena esplicazione delle attività realizzatrici della persona umana nell'ambito di quella peculiare formazione sociale costituita dalla famiglia, la cui tutela è ricollegabile agli artt. 2, 29 e 30 Cost."¹²⁵.

In tale panorama evolutivo che ha coinvolto parallelamente l'ordinamento familiare e la responsabilità extracontrattuale, si inseriscono le novità approntate dalla giurisprudenza, prima di merito e poi di legittimità, che si è progressivamente aperta al riconoscimento della concorrente responsabilità aquiliana nell'ambito dei rapporti familiare ed in specie nell'ambito delle relazioni genitori-figli.

Per quanto concerne l'oggetto di questa indagine, merita attenzione l'ormai nota decisione di Cass., Sez. I, 7 giugno 2000 n. 7713¹²⁶, la quale ha riconosciuto il risarcimento del danno ad un figlio naturale, il cui padre, per molti anni, non aveva adempiuto all'obbligo di corrispondergli il mantenimento. Il Pretore penale, cui era giunta la controversia, aveva assolto il genitore inadempiente dal reato di cui all'art. 570 c.p., atteso che non sussisteva nel caso in esame lo stato di bisogno del figlio dal

¹²⁴ Sul potere della Corte Costituzionale di rafforzare le interpretazioni adeguatrici della Cassazione cfr., V. ONIDA, *La Corte e i diritti: tutela dei diritti fondamentali e accesso alla giustizia costituzionale*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Giuffrè, Milano, 1999, II, p. 1107.

¹²⁵ Cass., Sez. III, 31 maggio 2003, n. 8828, in *Foro it.*, 2003, I, 2272 la quale concerne l'ipotesi del risarcimento del danno non patrimoniale per la perdita del rapporto parentale.

¹²⁶ Cass., Sez. I, 7 giugno 2000, n. 7713, in *Foro it.*, 2001, I, 187 con nota di A. D'ADDA, *Il cosiddetto danno esistenziale e la prova del pregiudizio*.

momento che la madre lo aveva nel frattempo mantenuto.

Nondimeno, esclusa la configurabilità dell'illecito penale (art. 570 c.p.), e corrisposte dal padre le mensilità arretrate, la Suprema Corte precisa che tale comportamento non avrebbe escluso il risarcimento del danno conseguente dalla lesione in sé “che dal comportamento del ricorrente è scaturita di fondamentali diritti della persona inerenti la qualità di figlio e di minore”.

La Cassazione chiarisce, infatti, come sia innegabile che la lesione di siffatti diritti, “collocati al vertice dei valori costituzionalmente garantiti, vada incontro alla sanzione risarcitoria per il fatto in sé della lesione (danno evento) indipendentemente dalle eventuali ricadute patrimoniali che la stessa può comportare (danno conseguenza)”.

Nella prospettiva indicata dalla Suprema Corte, il danno è ingiusto in quanto lede un diritto fondamentale della persona e non un diritto endofamiliare¹²⁷; la posizione soggettiva tutelata, la cui compromissione fa sorgere una responsabilità extracontrattuale non è il diritto “di credito” del figlio ad essere mantenuto dal padre, ma il diritto “assoluto” di ciascuno al pieno sviluppo della propria personalità.

In altre parole, la violazione dei doveri genitoriali è idonea a determinare un danno ingiusto solo perché risultano lesi interessi costituzionalmente rilevanti inerenti la qualità di figlio e di minore¹²⁸.

La condizione familiare sembra essere, ad un tempo, mera occasione per la realizzazione della persona e strumento di tale realizzazione; nell'accordare il risarcimento del danno per la lesione dei diritti fondamentali della persona inerenti la qualità di figlio e minore, la Cassazione, riconosce l'esistenza dei suddetti diritti fondamentali, e attribuisce loro sicuro rilievo costituzionale; l'uno relativo allo *status* di minore, l'altro, a quello di figlio. Entrambi rientrano nella previsione dell'art. 2 Cost.

Non si tratta di una unica posizione soggettiva (la qualità di figlio e minore), bensì di distinte situazioni, qualificate da specifici valori e interessi, che talora possono trovarsi in capo al medesimo soggetto, ma che abbisognano, ciascuno, di una

¹²⁷ C. RIMINI, *La violazione dei doveri familiari: verso la tutela aquiliana della serenità della famiglia?*, in *Resp. civ.*, 1, 2006, p. 6 ss.

appropriata considerazione e tutela.

Ma se così risulta essere in relazione alla qualità di minore e/o di figlio, analogamente si potrebbe sostenere riguardo alla condizione di padre, legittimo, naturale, adottivo.

Non si può negare, infatti, che anche tale qualità rappresenti una modalità di realizzazione della persona, sia come individuo, sia nell'ambito delle formazioni sociali richiamate dall'art. 2 Cost.

In altre parole, seguendo tale argomentazione, è agevole far ricadere nei "diritti inviolabili" previsti dall'art. 2 Cost., molteplici qualità, condizioni, situazioni dell'uomo intesi quali "modalità di realizzazione della persona".

Ma che cosa fa acquisire agli stessi quella rilevanza costituzionale che fa la differenza?

Il punto dolente dell'interpretazione della Cassazione, consiste nel fatto che la "meritevolezza costituzionale", risiede in ultima analisi, nella stessa previsione dei "diritti inviolabili" della persona e non già nella preliminare individuazione di un interesse giuridicamente qualificato alla titolarità di una posizione giuridica che trova il suo referente e il fondamento nei valori proclamati nella Costituzione.

4.1. Dal diritto alla sessualità al "diritto alla sessualità verso la procreazione".

Se dal punto di vista dell'applicazione pratica, la giurisprudenza è giunta ad accordare la tutela risarcitoria a fronte della lesione di un rapporto familiare, sia proveniente dal terzo che da un altro familiare, sul presupposto della lesione del diritto della personalità (art. 2 Cost.), da un punto di vista teorico si ritiene che la ricerca di un fondamento costituzionale del diritto alla paternità naturale non possa fermarsi alla proclamazione dei "diritti inviolabili" dell'uomo di cui all'art. 2 Cost.

Non è plausibile affermare con rigore l'esistenza nell'ordinamento positivo di un interesse costituzionalmente protetto alla paternità, basandosi sul disposto dell'art. 2

¹²⁸ G. CASSANO, *Rapporti tra genitori e figli, illecito civile e responsabilità: la rivoluzione giurisprudenziale degli ultimi anni alla luce del danno esistenziale*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, II, p. 1985 ss.

Cost. che afferma il generico diritto di ciascuno di realizzare pienamente la personalità anche nelle formazioni sociali.

Seguendo l'argomentazione della giurisprudenza, ma in senso contrario, appare imprescindibile *in primis* ipotizzare l'esistenza o l'inesistenza di una situazione giuridica meritevole di tutela costituzionale e, conseguentemente, accordare la tutela risarcitoria solo allorquando sia accertata la meritevolezza costituzionale e la lesione di tale posizione.

Se, infatti, la premessa maggiore della Cassazione consiste nella logica considerazione che anche la Costituzione, quale Legge fondamentale, rappresenta uno di quei "casi previsti dalla legge" richiesto dall'art. 2059 c.c., e cioè può assurgere a referente normativo per l'applicabilità dell'art. 2059 c.c., più difficile e pericoloso appare il contenuto della premessa minore, la quale consisterebbe nell'attribuire rilevanza costituzionale ad ogni aspetto della personalità umana sulla base della proclamazione dell'invulnerabilità dei diritti dell'uomo, vuoi come singolo, vuoi nelle formazioni sociali.

A tale interpretazione, infatti, possono muoversi due critiche decisive.

La prima attiene alla considerazione per la quale non è certo che tutti "i diritti inviolabili" abbiano o debbano rivestire valore costituzionale; la seconda, si rivolge alle conseguenze pratiche che tale ricostruzione comporta, implicando un allargamento non controllabile delle ipotesi di risarcibilità del danno alla persona¹²⁹.

Il pensiero della giurisprudenza deve essere precisato nella sua premessa minore. Uno spunto interessante al fine che ci occupa si rinviene nella progressiva individuazione ad opera della giurisprudenza costituzionale e di legittimità di un diritto alla sessualità, il quale viene considerato dapprima, unitariamente, mentre via via si specifica nei vari aspetti di cui si compone, fino a configurare un distinto "diritto alla sessualità nella sua proiezione verso la procreazione" fondato e garantito quale interesse meritevole di tutela a livello costituzionale.

¹²⁹ Di tale preoccupazione, sembra essersi fatta carico Cass., n. 24451/2005 cit. nel definire il nuovo danno biologico pluridimensionale. Di particolare interesse, risulta, altresì, quel passaggio della decisione del Trib. Venezia, Sez. III civile, 16-30 giugno 2004, n. 1292, cit. *infra sub* § 6 ove viene suggerita una diversa impostazione del problema nel senso di attribuire rilevanza costituzionale - legittimante la risarcibilità del danno non patrimoniale -, al danno in quanto tale o più esattamente, al diritto costituzionale alla tutela risarcitoria.

Invero, è opportuno precisare che di “sessualità” sotto il profilo meramente civilistico, l’ordinamento parlava già allorquando introduceva, con la riforma del diritto di famiglia del 1975, l’ipotesi dell’errore essenziale sulle qualità personali dell’altro coniuge, quale motivo di annullamento del matrimonio; errore, appunto che poteva tradursi nella falsa rappresentazione di una qualità della persona dell’altro coniuge, quale l’esistenza di una anomalia o deviazione sessuale tale da impedire lo svolgimento della vita coniugale.

Il percorso tracciato nell’emersione di questo “nuovo” diritto di rilevanza costituzionale viene illustrato efficacemente dagli interventi giurisprudenziali succedutisi in materia.

Il primo passo verso il riconoscimento di un diritto alla sessualità è compiuto dalla Cassazione, la quale nella decisione n. 6607/1986¹³⁰, ha risarcito il danno patito dal marito *iure proprio* per l’impossibilità di avere rapporti sessuali con la moglie in conseguenza delle affezioni alle vie genito-urinarie a costei causate dal fatto illecito del sanitario.

Nelle argomentazioni sviluppate dal Collegio, si pone in luce lo stretto rapporto esistente tra la lesione del diritto alla sessualità che si traduce nella fattispecie concreta nella sopravvenuta impossibilità di avere rapporti sessuali con il proprio coniuge, lo *status* di coniuge della vittima e il valore preminente della persona (art. 2 Cost.), che nella famiglia, quale “società naturale” e “formazione sociale” sceglie di realizzare la propria personalità.

Il tessuto dei diritti e doveri reciproci che discendono dal matrimonio, tra i quali si pone il diritto ad avere rapporti sessuali tra coniugi, comporta che ove venga leso direttamente il diritto alla sessualità di un coniuge, viene direttamente e non in via

¹³⁰ Cass., Sez. III, 11 novembre 1986, n. 6607, in *Foro it.*, 1987, I, 834, con nota di A. PRINCIGALLI; in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 2044, con nota di S. PATTI, *La lesione del diritto all’attività sessuale e gli attuali confini del danno risarcibile*. Nella citata decisione si rinviene il seguente principio di diritto: “Il comportamento doloso o colposo del terzo che cagiona ad una persona coniugata l’impossibilità dei rapporti sessuali è immediatamente e direttamente lesivo, sopprimendolo, del diritto dell’altro coniuge a tali rapporti, quale diritto-dovere reciproco, inerente alla persona, strutturante, insieme agli altri diritti-doveri reciproci, il rapporto di coniugio. La soppressione di tale diritto, menomando la persona del coniuge, nel suo modo d’essere e nel suo svolgimento nella famiglia, è di per sè risarcibile, quale modo di riparazione della lesione di quel diritto della persona, qualificabile come danno che non è nè patrimoniale

mediata leso il diritto dell'altro, in forza del medesimo *status* coniugale e nella prospettiva della realizzazione della personalità dell'individuo anche nell'ambito della comunità familiare.

L'ingiustizia del danno risiede nella lesione dei diritti propri della posizione coniugale.

Nella prospettiva indicata dal Collegio discende che la medesima tutela non potrebbe essere accordata nell'ipotesi di coppia non coniugata ma convivente¹³¹.

E' appena dell'anno successivo la decisione della Corte Costituzionale n. 561/1987¹³², con la quale si individua nella sessualità uno dei modi di espressione della persona e il diritto di disporre liberamente come diritto soggettivo assoluto inquadrabile nei "diritti inviolabili" dell'art. 2 Cost.

E' nota l'attività interpretativa della giurisprudenza costituzionale volta ad individuare, accanto ai tradizionali "diritti inviolabili" della persona, "nuovi diritti" della personalità di rilievo costituzionale, come appunto il diritto alla sessualità facendo leva sulla natura semi-aperta dell'art. 2 Cost.¹³³.

Tuttavia, come già accennato, la concezione unitaria del diritto inviolabile alla sessualità non riesce a contenere tutti gli aspetti in cui il diritto si manifesta nell'applicazione giurisprudenziale.

In un recente caso portato all'attenzione della Cassazione¹³⁴, il Collegio giunge a

(art. 2056 c.c. in relazione all'art. 1223 dello stesso codice) nè non patrimoniale (art. 2059 c.c. in relazione all'art. 185 c.p.), comunque rientrante nella previsione dell'art. 2043 c.c.".

¹³¹ S. PATTI, *La lesione del diritto all'attività sessuale e gli attuali confini del danno risarcibile*, op. cit., p. 2047.

¹³² Corte Cost., 18 dicembre 1987, n. 561, in *Giur.it.*, 1988, I, 1, p. 1921.

¹³³ V. ONIDA, *La Corte e i diritti: tutela dei diritti fondamentali e accesso alla giustizia costituzionale*, op. cit., p. 1098.

¹³⁴ Cass., Sez. I, 10 maggio 2005, n. 9801, in *Giur. it.*, 2006, p. 691 ss. con nota di A. FRACCON, *Nuovi approdi della responsabilità civile. Anche la Cassazione oltrepassa la soglia dei rapporti tra coniugi*, e di E. CARBONE, *Requiem per un'immunità: violazione dei doveri coniugali e responsabilità civile*; in *Giust. civ.*, 2006, 1, p. 98 con nota di A. MORACE PINELLI, *Violazione dei doveri matrimoniali e responsabilità civile*. Il rispetto della dignità e della personalità, nella sua interezza, di ogni componente del nucleo familiare, assume il connotato di un diritto inviolabile, la cui lesione da parte di altro componente della famiglia costituisce il presupposto logico della responsabilità civile, non potendo da un lato ritenersi che diritti definiti inviolabili ricevano diversa tutela a seconda che i titolari si pongano o meno all'interno di un contesto familiare (e ciò considerato che la famiglia è luogo di incontro e di vita comune nel quale la personalità di ogni individuo si esprime, si sviluppa e si realizza attraverso l'instaurazione di reciproche

liquidare il risarcimento del danno alla fidanzata cui il futuro marito, prima del matrimonio e nella contezza della propria deformazione fisica, aveva tenuto celata l'impossibilità di avere rapporti sessuali.

In tale pronuncia, la Suprema Corte, pur ammettendo che il rispetto dei diritti inviolabili dell'uomo impone una tutela piena e svincolata dal contesto familiare o non familiare del titolare del diritto leso, finisce per ancorare la risarcibilità del danno conseguente all'omessa informazione in considerazione della "intensità dei doveri derivanti dal matrimonio, segnati da inderogabilità e indisponibilità", la quale, a parere del Collegio, non può non riflettersi sui rapporti tra le parti nella fase precedente il matrimonio.

Ancora una volta, la Cassazione pur teorizzando la necessità di svincolare la tutela risarcitoria *ex art. 2043 e ss. c.c.* dalla condizione familiare del soggetto leso, finisce per ricondurre il carattere ingiusto del danno alla violazione dei diritti coniugali in uno con la tutela dei diritti inviolabili, anche se la fattispecie concreta si è compiutamente realizzata quando ancora non sussisteva il matrimonio ma solo la prospettiva di esso.

In ogni modo, la Corte giunge a ravvisare la lesione del diritto alla sessualità in sé considerato e nella sua proiezione verso la procreazione, che "costituisce una dimensione fondamentale della persona e una delle finalità del matrimonio".

Con tale pronuncia, si concretizza anche a livello giurisprudenziale quella separatezza - già teorizzata dalla dottrina¹³⁵ - tra il diritto inviolabile alla sessualità inteso come libertà di avere rapporti sessuali purchè desiderati, ovvero diritto di non essere privati della possibilità di avere rapporti sessuali, o anche diritto di avere rapporti sessuali con una certa persona, e il diritto alla sessualità nella sua dimensione procreativa.

Quest'ultimo sembra pensato nelle parole della Cassazione come un diritto "derivato" dal diritto alla sessualità ma, nello stesso tempo, distinto da quest'ultimo e

relazioni di affetto e di solidarietà, non già sede di compressione e di mortificazione di diritti irrinunciabili).

¹³⁵ G. FERRANDO, *Il matrimonio*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, V, 1, Giuffrè, Milano, 2002, p. 76, pone in luce come il diffondersi della contraccezione, della limitata ammissibilità della interruzione volontaria della gravidanza e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, realizzino la separazione tra sessualità e procreazione.

autonomamente risarcibile nel caso di accertata lesione.

Conferma questa configurazione la recentissima decisione di Cass., Sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2311¹³⁶, nella quale il Collegio nel riformare la sentenza d'appello¹³⁷ che non aveva liquidato i danni conseguenti alla “perdita della capacità di avere rapporti sessuali per la conseguita *impotentia coeundi*” del soggetto agente, vittima di un incidente stradale, chiarisce come “i diritti umani inviolabili, né si confondono con i danni esistenziali né restano assorbiti nella globalità e complessità del danno biologico, ove abbiano una lesione propria, giuridicamente configurata come lesione del diritto”.

La Suprema Corte, rifacendosi all'*incipit* della Corte Costituzionale, 18 dicembre 1987, n. 561 che ha inquadrato il diritto alla sessualità tra i diritti inviolabili della persona (art. 2), *modus vivendi* essenziale per l'espressione e lo sviluppo della persona, chiarisce come la perdita della sessualità costituisca certamente anche un danno biologico consequenziale alla lesione per fatto della circolazione - la cui valutazione nelle tabelle medico-legali convenzionali supera normalmente il livello della micropermanente e determina un rilevante ritocco del punteggio finale -, ma altresì, un danno esistenziale, la cui rilevanza deve essere autonomamente apprezzata e valutata equitativamente in termini non patrimoniali e con una congrua stima dell'equivalente economico del debito di valore.

Il punto della decisione che più colpisce l'attenzione, concerne il passaggio dove la Corte afferma che nel giudizio *de quo* non “vengono in questione altri aspetti inerenti alla procreazione o alla vita sessuale familiare, dato lo *status* della vittima, ma certamente questi ulteriori aspetti sarebbero rilevanti ai fini dell'equilibrata valutazione del danno anche ai fini di un congruo ristoro”.

Da tali considerazioni, pertanto, si può trarre la conclusione che la Cassazione ha inteso ribadire l'esistenza di un diritto alla sessualità, di rilevanza costituzionale, riconducibile nella previsione dell'art. 2 Cost., la cui lesione anche soltanto psichica ha

¹³⁶ Cass., Sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2311, in *Foro it., Anticipazioni e novità*, 2007, n. 2, 10-12 ; in *Foro it.*, 2007, I, 747 la cui massima recita “La perdita o la compromissione, anche soltanto psichica, della sessualità costituisce di per sé un danno esistenziale, la cui rilevanza deve essere autonomamente apprezzata e valutata equitativamente”.

¹³⁷ La motivazione della Corte d'Appello recita testualmente, “il Collegio ritiene che il danno esistenziale o la lesione dei diritti umani non sono categorie che esulano dal danno biologico, così come inteso dalla dottrina e dalla giurisprudenza”.

provocato nel titolare del diritto, oltre al danno biologico, un danno esistenziale risarcibile ai sensi dell'art. 2059 c.c.; inoltre, la Corte ha posto in luce come tale diritto si caratterizzi in relazione ad altri aspetti meritevoli di autonoma considerazione, inerenti alla procreazione o alla vita sessuale familiare, la cui sussistenza si collega direttamente alla qualità - *status* - del soggetto titolare del diritto, e che devono essere presi in considerazione distintamente al fine di una congrua quantificazione del danno risarcibile.

Anche se le parole della Cassazione non consentono di capire con chiarezza i termini della fattispecie concreta, è presumibile ritenere che il soggetto leso nella sessualità non fosse coniugato, e che tale mancanza di *status* abbia impedito al Collegio di liquidare le ulteriori voci di danno conseguenti alla lesione “della procreazione e della vita sessuale familiare”.

A *contrariis*, quindi, si può argomentare, che ove tale qualità sussista, anche tali aspetti se lesi dovrebbero trovare ristoro quali sottovoci del danno esistenziale.

Ma se così sembra essere, ne deriva, secondo il punto di vista della giurisprudenza di legittimità e in coerenza con l'acquisita configurazione della categoria del danno esistenziale, l'inconfutabile rilevanza costituzionale del diritto alla sessualità nella sua dimensione “procreativa”, certamente nell'ipotesi di *status* coniugale.

Il passaggio decisivo consisterebbe nell'universalizzare questo diritto prescindendo dalla condizione familiare del suo titolare; ma su questo punto anche la dottrina è tutt'oggi ondivaga.

4.2. Il diritto alla procreazione naturale.

Non si può disconoscere che il disegno costituzionale sulla famiglia sottintenda l'idea della procreazione naturale¹³⁸.

¹³⁸ Trib. Bologna, 9 maggio 2000, in *Famiglia*, 2001, II, p. 468 ss., con nota di I. CORTI, *Procreazione assistita e diritto alla maternità*; A. TRABUCCHI, *La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 597, ove si legge “Se noi parliamo di procreazione, l'espressione va intesa, non come atto sessuale iniziale, ma come il complesso delle situazioni che hanno per conclusione la nascita di un uomo”. L'a. prosegue rilevando come “la procreazione, in sé, come singolo evento, non è considerata espressamente dalla legge: forse perché il fatto è il presupposto del sorgere di ogni diritto”.

A prescindere, infatti, dalle innumerevoli interpretazioni succedutesi in merito ai singoli commi degli artt. 29, 30 e 31 Cost., rimane un dato certo: il sistema delineato dal Legislatore costituente presuppone il concetto di procreazione; le norme sulla filiazione e sulla maternità conducono a suffragare tale affermazione¹³⁹.

E' stato autorevolmente posto in luce come "la procreazione compare, nella disciplina costituzionale, come un fatto fondativo di diritti e doveri e non espressamente come oggetto di diritto o di dovere"¹⁴⁰.

Non si può pretendere che il Costituente si sia occupato direttamente dell'argomento dal momento che sotto il vigore del codice penale Rocco del 1930, costituivano reato non solo l'aborto volontario (art. 546 c.p., rubricato tra i delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe) e la somministrazione di anticoncezionali (art. 552 c.p., quale reato di procurata impotenza alla procreazione), ma anche il solo fatto di parlare di questi temi poteva concretizzare un'ipotesi delittuosa sussumibile nella previsione dell'"incitamento a pratiche contro la procreazione" (*sub* art. 553 c.p.)¹⁴¹.

E' solo negli anni settanta che la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di questa ultima norma¹⁴², rendendo, in definitiva, espressione di libertà e autonomia la possibilità di discutere e di intervenire sul tema della procreazione¹⁴³.

A tal proposito, si ricordano per brevi cenni i passaggi significativi che hanno reso effettiva la progressiva emersione dell'idea di un diritto alla procreazione: dapprima, la legge 29 luglio 1975, n. 405 istitutiva dei consultori familiari, ha introdotto il fine della procreazione responsabile tra quelli liberamente perseguibili dai singoli¹⁴⁴;

¹³⁹ V. ZENO - ZENCOVICH, *La responsabilità per procreazione* in *Giur.it.*, IV, 1986, 113 ss. Secondo l'a., il fondamento costituzionale del diritto di procreare, anche se non si rinviene un richiamo espresso nella Carta Costituzionale, è chiaramente desumibile dal diritto di costituire una famiglia di cui agli artt. 29 e 31 Cost.; di contrario avviso pare F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 27, il quale rileva, altresì, come la Carta dei diritti fondamentali approvata a Nizza nel 2000, menziona il "diritto di sposarsi e di costituire una famiglia" (art. 9), e non quello di procreare; G. BALDINI, *Diritto di procreare e fecondazione artificiale tra libertà e limiti*, in *Dir. fam. pers.*, 1997, I, p. 346 ss.

¹⁴⁰ P. ZATTI, *Introduzione*, *op. cit.*, p. 12.

¹⁴¹ G. FERRANDO, *Il matrimonio*, *op. cit.*, p. 74 ss.

¹⁴² Corte cost., 16 marzo 1971, n. 49, in *Foro it.*, 1971, 831.

¹⁴³ Cfr. ampiamente, G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Cedam, Padova, 1999.

¹⁴⁴ G. FERRANDO, *Il matrimonio*, *op. cit.*, p. 75 ss.

successivamente, la decisione n. 27 del 1975 della Corte Costituzionale¹⁴⁵ ha ampliato i casi di non punibilità dell'aborto volontario, dal limite dello stato di necessità, alle ipotesi in cui viene in rilievo l'esigenza di tutelare la salute della madre; la legge n. 194 del 1978¹⁴⁶ ha affermato il valore della procreazione cosciente e responsabile nel bilanciamento con l'interesse alla tutela della salute della gestante, e ha superato indenne il vaglio del *referendum* popolare e del sindacato di legittimità costituzionale della Corte¹⁴⁷.

Parallelamente all'evoluzione giurisprudenziale, anche la dottrina si è occupata del tema.

Il problema sul quale si concentra l'attenzione concerne la possibilità di qualificare l'"idea" di procreazione nei termini di "diritto" o, piuttosto, di "libertà"¹⁴⁸ e, una volta ammessa l'esistenza di un vero e proprio diritto soggettivo rientrante tra i diritti della personalità civilisticamente rilevanti, il nodo da sciogliere rimane la rilevanza o meno dello stesso sotto il profilo costituzionale¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Corte Cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in *Foro it.*, 1975, I, 515.

¹⁴⁶ Con la legge sull'aborto viene abrogato il reato di procurata impotenza alla procreazione.

¹⁴⁷ A. TRABUCCHI, *La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità*, *op. cit.*, p. 598, ritiene, diversamente, che il richiamo al diritto alla procreazione cosciente e responsabile della legge sull'aborto contenga l'affermazione di un limite, come diritto a non procreare, più che un riconoscimento positivo di fondo.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 599, precisa che l'affermazione di un diritto alla procreazione libera non implica di per sé l'esistenza di un diritto soggettivo alla procreazione; G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, *op. cit.*, p. 311, secondo la quale deve essere evitata la confusione tra libertà di procreare e diritto di procreare atteso che la prima postula la non interferenza nelle decisioni personali e nella loro realizzazione, mentre "l'esistenza di un diritto, inteso come diritto sociale, implica una pretesa nei confronti dello Stato perché metta a disposizione i mezzi e le risorse per realizzare tale diritto"; A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 510, il quale scriveva "Non si può affermare la prevalenza della libertà dell'uomo quando c'è di mezzo la vita di altri uomini. Libertà? Ma quale libertà nella prospettiva che ci riguarda? Libertà di generare? Si rifletta alquanto, prima di affermare la presenza in ogni uomo. Invero non si discute circa la libertà di fare uso della propria potenza sessuale come attributo della natura stessa dell'uomo. Ma che si debba riconoscere una libertà di fabbricare, a proprio nome, degli uomini anche ricorrendo alla potenza genetica altrui, appare veramente affermazione del tutto priva di fondamento. Nessuno può pretendere che la società gli consenta di creare per conto proprio uomini nuovi ricorrendo a ogni mezzo che la tecnica può fornire! Se tale diritto esistesse, nessuno potrebbe poi mettere limiti alla sua esplicazione consentendo di spargere fonti di vita per generazioni di esseri umani che la collettività dovrebbe poi mantenere come tali".

¹⁴⁹ M. G. SALARIS, *Corpo umano e diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 77 ss., il quale rileva come la risposta affermativa all'interrogativo sia sembrata ovvia in contesti politici storicamente chiusi quando si

In particolare, l'oggetto della discussione concerne il punto se dalla norma che tutela il libero sviluppo della personalità (art. 2 Cost.) possa derivare un diritto alla procreazione¹⁵⁰.

Il problema è più ampio di quello che *prima facie* risulta e può essere inquadrato nell'ambito del dibattito insorto sul rapporto tra "i diritti della persona, i diritti inviolabili, i diritti fondamentali e i diritti genericamente protetti dalla Costituzione"¹⁵¹; la discussione non è facilmente componibile atteso che essa coinvolge diversi protagonisti, quali il giudice e l'interprete civile, i teorici del diritto costituzionale, la Corte costituzionale, la Corte europea dei diritti dell'uomo, la Corte di giustizia e, più in generale, gli ordinamenti dei diversi paesi europei.

E' noto, infatti, come il tema della procreazione secondo natura, compaia espressamente o indirettamente in diversi testi normativi anche di rilevanza internazionale: si è già detto della legge n. 194/1978 sulla tutela sociale della maternità e l'interruzione volontaria della gravidanza, il cui art. 1 parla del "diritto alla procreazione cosciente e responsabile"¹⁵²; l'art. 16 della Dichiarazione universale dei

è trattato di respingere la tentazione degli Stati di interferire nell'area delle decisioni più intime della persona, di controllare le nascite, imporre la sterilizzazione, etc., mentre la medesima prospettiva non sembra essere affatto scontata "nel momento in cui l'avvento delle nuove tecnologie della riproduzione attribuisce una differente connotazione alla tematica procreativa".

¹⁵⁰ Riprende l'interrogativo, P. ZATTI, *Introduzione*, *op. cit.*, p. 12, e afferma: [...] Indiscutibile mi pare che se ne possa ricavare una affermazione di libertà, cioè un limite alla potestà del legislatore di regolarla limitandola o escludendola per taluni soggetti"; risponde in senso positivo, A. PALAZZO, *La filiazione*, *op. cit.*, p. 49, il quale afferma: "Il diritto di procreare secondo natura è uno dei diritti fondamentali della persona. La sua rilevanza costituzionale si fonda sugli artt. 2, 29, 30 e 31 Cost., i quali, notoriamente, riconoscono alcuni diritti inviolabili e fondamentali dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità"; G. BALDINI *Diritto di procreare e fecondazione artificiale tra libertà e limiti*, in *Dir. fam. pers.*, 1997, II, p. 343 ss.; G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, *op. cit.*, p. 308 ss.; M. SESTA, voce "Filiazione", in *Enc. del dir., Aggiornamento*, IV, Giuffrè, Milano, 2000, p. 569 ss.

¹⁵¹ E. NAVARRETTA, *La Corte costituzionale e il danno alla persona "in fieri"*, nota a Corte Cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Foro it.*, I, 2201.

¹⁵² L. ARCIDIACONO, *Interruzione della gravidanza e principi costituzionali*, *op. cit.*, p. 723 ss. Secondo l'a. tale diritto alla procreazione assistita dai requisiti di "coscienza" e "volontà" deve ritenersi riferibile sia all'atto del concepimento che a quell'arco di tempo necessario alla conclusione del processo procreativo (p. 736). Si tratta di un diritto inviolabile della persona (art. 2 Cost.) di cui è titolare in posizione paritaria sia l'uomo che la donna, il cui esercizio è collaborato e i cui effetti sono tutelati in maniera paritaria. Il contenuto del diritto alla procreazione non si ferma al concepimento - come

diritti dell'uomo del 1948¹⁵³, l'art. 12 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 e successive modificazioni¹⁵⁴, l'art. 23 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 1966¹⁵⁵, sono conformi nel riconoscere il diritto di ogni uomo e di ogni donna di sposarsi e di fondare una famiglia.

E' innegabile, infatti, che tali norme si riferiscano ad una libertà che si riflette anche sulla sfera della procreazione naturale.

Emerge di tutta evidenza come sia preliminare affrontare il problema della natura della clausola di cui all'art. 2 Cost., se cioè si tratti di una clausola "aperta", e come tale meramente riassuntiva di figure che ricevono nel sistema autonoma considerazione, o, piuttosto, di un catalogo "chiuso"¹⁵⁶.

L'interrogativo si pone in questi termini. E' corretto trasfondere nella clausola generale dei "diritti inviolabili", di sicuro rilievo costituzionale, tutti i diritti che si riferiscono alla persona rilevanti da un punto di vista civilistico?

Per comprendere la portata di questa domanda, è opportuno ricordare che accanto al diritto di procreare secondo natura, oggi si affianca, normativamente, la procreazione medicalmente assistita e il diritto all'adozione, quali modalità alternative per la formazione di una famiglia.

Della procreazione medicalmente assistita è certo che essa non configuri una

sembrerebbe voler significare la legge n. 194 del 1978 -, ma abbraccia anche lo stato di gravidanza (la donna è solo depositaria del procedimento naturale).

¹⁵³ L'art. 16 della Dichiarazione universale del 1948 recita: "1. Uomini e donne in età adatta hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia senza limitazione di razza, cittadinanza o religione. Essi hanno eguali diritti riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e all'atto del suo scioglimento. 2. Il matrimonio potrà essere concluso soltanto con il libero e pieno consenso dei futuri coniugi. 3. La famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato".

¹⁵⁴ La Convenzione è resa esecutiva per l'Italia con l. 4 agosto 1955, n. 848; Art. 12, Diritto al matrimonio: "A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto".

¹⁵⁵ L'art. 23, recita: "1. La famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato. 2. Il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia è riconosciuto agli uomini e alle donne che abbiano l'età per contrarre matrimonio. 3. Il matrimonio non può essere celebrato senza il libero e pieno consenso dei futuri coniugi. 4. Gli Stati parti del presente Patto devono prendere misure idonee a garantire la parità di diritti e di responsabilità dei coniugi riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e al momento del suo scioglimento. In caso di scioglimento, deve essere assicurata ai figli la protezione necessaria".

¹⁵⁶ P. RESCIGNO, voce "Personalità (diritti della)", in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Ed. Enc. it., Roma, 1990, 1 ss.

posizione di diritto soggettivo di rilevanza costituzionale¹⁵⁷.

Non si tratta di un diritto fondamentale della persona, ma di uno strumento predisposto per la rimozione delle cause di sterilità o infertilità (art. 1, comma 2°, *Finalità*, l. 19 febbraio 2004, n. 40).

Il diritto inviolabile alla procreazione naturale legittima e giustifica il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, ma non fa assurgere a quest'ultima la veste di diritto fondamentale della persona.

In senso contrario, volendo rinvenirsi nella formula dell'art. 2 Cost. ovvero, nei "diritti della famiglia" di cui all'art. 29 Cost., anche il diritto alla procreazione in via assistita, ne seguirebbe la rilevanza della questione di legittimità costituzionale della legge n. 40/2004 nella parte in cui, per esempio, nega il ricorso ad alcune tecniche, quali la fecondazione eterologa o, piuttosto, condiziona l'accesso a precisi e rigorosi presupposti.

Analogamente, nell'ipotesi dell'adozione, la Corte Costituzionale¹⁵⁸, nel valutare la questione di legittimità costituzionale legata alla prospettazione della non fungibilità del triennio post matrimoniale con un uguale o superiore periodo anteriore al matrimonio di convivenza *more uxorio* in riferimento agli artt. 2 e 3 Cost., ha chiarito come l'aspirazione dei singoli all'adozione, non possa ricomprendersi tra i diritti inviolabili dell'uomo di guisa che la valutazione dei futuri genitori adottivi non si proietta sulla loro dimensione individuale, ma è strumentale rispetto all'interesse oggettivo del minore ad avere una famiglia.

Procreazione assistita e adozione, rimangono interessi rilevanti ma solo per l'ordinamento civile.

Segnatamente, la procreazione naturale acquista un "valore" peculiare, nettamente distinguibile dagli altri modi in cui può realizzarsi la persona attraverso la dimensione

¹⁵⁷ A. GUSTAPANE, *La procreazione con metodi artificiali nella prospettiva costituzionale*, in *Dir. e soc.*, 1996, I, p. 183, il quale parla della possibile configurazione del cosiddetto "diritto alla procreazione artificiale" come "nuova posizione soggettiva che può essere qualificata giuridicamente come l'aspettativa della persona umana a divenire genitore attraverso una delle diverse tecniche riproduttive elaborate dalla scienza medica per sopperire ai limiti intrinseci della procreazione naturale, caratterizzata dalla fecondazione della donna da parte dell'uomo mediante congiunzione sessuale e dalla conseguente gestazione da parte della stessa donna dell'embrione in quel modo formato".

¹⁵⁸ Corte Cost., 6 luglio 1994, n. 281, nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 1°, della legge 4 maggio 1983, n. 184.

familiare; il legislatore non si permette di entrare nell’“arcano della procreazione” imponendo regole, limiti, controlli preventivi, sempre che non si oltrepassino i confini del lecito e di ciò che si ha consentito.

In questa prospettiva, emerge nell’interpretazione del termine procreazione naturale e nella molteplicità dei significati ad esso attribuibili anche la situazione giuridica di colui che è padre, intesa come continuazione o, meglio, realizzazione del diritto di procreare secondo natura.

In altre parole, se come si è già dimostrato la Carta Fondamentale riconosce, formalmente, e tutela la famiglia nella dimensione individuale ma anche in quella collettiva, la maternità, la posizione genitoriale negli effetti del rapporto, la procreazione secondo natura, appare plausibile ipotizzare che essa sottintenda il valore della paternità, del diritto ad essere padre quale posizione naturalmente discendente dal diritto di procreare.

Si è visto, quindi, come l’attività interpretativa della Corte Costituzionale abbia portato alla luce un diritto di procreare secondo natura, distinto dal “mero” diritto alla sessualità, dalla procreazione medicalmente assistita, dal diritto all’adozione, il quale, si è detto, inerisce al fondamento della persona, nella sua dimensione familiare ma anche individuale di guisa da assumere valore costituzionale¹⁵⁹.

Tale conclusione non è di poco momento atteso che essa comporta, sotto il profilo risarcitorio, la possibilità della liquidazione del danno esistenziale nel caso di accertata lesione del diritto alla procreazione; sotto il profilo delle scelte legislative, il limite del legislatore ordinario di introdurre una disciplina lesiva di questo interesse; sotto il profilo del bilanciamento degli interessi in gioco, l’opportunità che la Corte Costituzionale *de iure condendo*, includa anche tale interesse tra i parametri di riferimento nei giudizi di legittimità costituzionale che le competono.

A tal proposito, infatti, è da ritenere che se si riconosce valore costituzionale al diritto alla procreazione naturale, è verosimile concludere che di tale parametro dovrà tenersi conto nel sindacato di legittimità costituzionale delle future leggi, ma anche di

¹⁵⁹ Cfr., altresì, Corte Cost., 24 luglio 2000, n. 332, in *Foro it.*, 2000, I, 2739, nella quale sono state censurate tutte quelle norme che in violazione dei diritti fondamentali della persona, quali il diritto di procreare e la libertà di autodeterminazione nella sfera dei rapporti privati, limitavano l’accesso ai corpi di polizia e militari.

quelle già in vigore che hanno fino ad oggi superato indenni il vaglio di costituzionalità della Corte sulla base degli interessi costituzionali emergenti.

Significativo risulta il caso della legge sull'interruzione volontaria della gravidanza, la cui legittimità costituzionale si è imposta a fronte della prevalenza della tutela della salute della madre su quella della vita del concepito e del padre, senza che sia venuto mai in considerazione, in tale bilanciamento, l'interesse alla procreazione di cui è portatore il padre e nei confronti del quale, il legislatore non ha configurato nemmeno un diritto di essere informato circa la possibilità dell'interruzione della gravidanza¹⁶⁰.

L'emersione del diritto alla procreazione consente, forse, di individuare un nuovo interesse di rilevanza costituzionale che si traduce nel diritto di essere padre.

5. L'art. 30, comma 1° Cost. e il principio di responsabilità genitoriale.

E' affermazione ricorrente in dottrina¹⁶¹ e giurisprudenza¹⁶² quella per cui l'art. 30, comma 1° Cost. nel prevedere che "è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire

¹⁶⁰ Corte Cost., 18 febbraio 1975, n. 27 in *Giur. it.*, 1975, I, 1416. Nella richiamata decisione, la Corte pur riconoscendo in premessa fondamento costituzionale alla tutela del concepito, in ragione dell'art. 31, comma 2° Cost. che impone espressamente la "protezione della maternità" e, più in generale, dell'art. 2 Cost. che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo tra i quali rientra la situazione giuridica del concepito, conclude per la parziale illegittimità dell'art. 546 del codice penale nella parte in cui non prevede che la gravidanza possa venir interrotta quando l'ulteriore gestazione implichi danno, o pericolo grave medicalmente accertato e non altrimenti evitabile per la salute della madre.

¹⁶¹ A partire da M. BESSONE, *Rapporti etico-sociali*, op. cit., 1976, p. 93 ss.; ID., M. BESSONE, *Valore precettivo dell'art. 30, comma 1° Cost. e responsabilità dei genitori per il solo fatto della procreazione*, nota a Corte Cost., 8 maggio 1974, n. 118, in *Foro pad.*, 1975, XXX, 3, 51.

¹⁶² Nella giurisprudenza costituzionale, si segnalano: Corte Cost., 16 aprile 1999, n. 125; Corte Cost., 24 luglio 2000, n. 332; Corte Cost., 13 maggio 1998, n. 166, in *Giur. it.*, 1998, p. 1783 con nota di C. COSSU, *Direttive costituzionali e famiglia di fatto: tutela della filiazione naturale e garanzia delle libertà individuali*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, p. 678 con nota di G. FERRANDO, *Crisi della famiglia di fatto, tutela dei figli naturali, assegnazione della casa familiare*; Corte Cost., 21 ottobre 2005, n. 394, in *Riv. notar.*, 2006, 2, p. 489 con nota di G. CARLINI, *L'assegnazione dell'abitazione al genitore affidatario della prole naturale è trascrivibile anche se ciò non è espressamente previsto dal codice*; in *Giur. it.*, 2006, 5, p. 897, la quale attraverso una sentenza interpretativa di rigetto riconosce la sussistenza nell'ordinamento, se pure in mancanza di una espressa previsione, del diritto del genitore affidatario di prole naturale ad ottenere a seguito della cessazione della convivenza di fatto con l'altro genitore, la

ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio” rappresenti il fondamento normativo del principio di responsabilità genitoriale ovvero di responsabilità per il fatto della procreazione¹⁶³.

Tuttavia, è doveroso porre in luce come il risultato cui sono giunti gli studiosi e gli operatori del diritto sull’interpretazione di questo alinea sia frutto di una lenta e faticosa evoluzione che ha il suo punto di partenza nella promulgazione del testo costituzionale ed è ancor oggi in divenire¹⁶⁴.

Invero, si può sostenere che per cogliere a fondo la portata dirompente sul sistema del citato comma, è necessario ripercorrere, se pur per brevi cenni, la parabola evolutiva tracciata da dottrina e giurisprudenza nell’arco del cinquantennio che ha seguito la promulgazione del testo costituzionale¹⁶⁵.

Com’è noto, infatti, il codice civile del 1942 stabiliva che l’obbligo dei genitori all’educazione, al mantenimento e all’istruzione conseguisse, per la filiazione legittima, dal matrimonio e per quella naturale, dall’atto di riconoscimento o dall’accertamento giudiziale della paternità o maternità (art. 261 c.c.); diversamente, per una ampia fascia di minori non riconosciuti né riconoscibili, sussisteva un mero obbligo alimentare

trascrizione del provvedimento di assegnazione della casa familiare. Secondo la Consulta, infatti, si tratta di una *regula iuris* immanente al sistema ricavabile per via interpretativa dal principio di responsabilità genitoriale. Nella giurisprudenza della Cassazione: Cass., Sez. I, 9 giugno 1990, n. 5633; Cass., Sez. I, 1° aprile 2004, n. 6365 in *Giur. it.*, 2005, p. 1830 con nota di F. PROSPERI, *Paternità naturale, stato di figlio legittimo altrui, efficacia preclusiva degli atti di stato civile e dubbi sulla perdurante operatività dell’art. 279 c.c.*; Cass., Sez. I, 26 maggio 2004, n. 10124 e Cass., Sez. I, 26 maggio 2004, n. 10102 in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 725 ss. con nota di G. GIACOBBE, *Responsabilità per la procreazione ed effetti del riconoscimento del figlio naturale*. Di recente, si veda altresì Cass., Sez. III, 12 giugno 2006, n. 13546, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 9, p. 1439 con nota di P. ZIVIZ *cit.*, la quale nel riprendere la definizione di danno esistenziale di Cass., Sez. Un., 24 marzo 2006, n. 6572, applicata ai rapporti familiari, ricorda l’esistenza di un principio immanente nell’ordinamento fondato sulla responsabilità genitoriale da considerare in combinazione con l’art. 8 L. adoz. a tenore del quale la violazione dell’obbligo di cura e assistenza morale determinando lo stato di abbandono del minore, ne legittima l’adozione.

¹⁶³ Si è già detto come di contrario avviso si ponga espressamente, E. LAMARQUE, *Le norme e i limiti per la ricerca della paternità, op. cit.*, p. 11, in particolare, nonché p. 51 ove si afferma come il principio in esame sia di rango legislativo e non costituzionale.

¹⁶⁴ Basti pensare al recente intervento normativo che ha introdotto a livello europeo il concetto di *parental responsibility* di cui *infra* nel testo e note di riferimento, e ancora, alla recentissima Legge 8 febbraio 2006, n. 54 “*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*” che ha modificato la disciplina sull’affidamento dei figli nei procedimenti di separazione e divorzio e nei procedimenti relativi alla filiazione naturale.

¹⁶⁵ Evidenzia efficacemente tale “parabola” interpretativa, E. LAMARQUE, *sub art. 30 Cost.*, *op. cit.*, p. 630.

circoscritto ad ipotesi limitate (art. 279 c.c.) nelle quali “in vario modo la paternità o la maternità risultavano evidenti senza necessità di ulteriori indagini, nella prospettiva di una grave deresponsabilizzazione dei genitori stessi e di un’odiosa discriminazione tra figli legittimi (e naturali) e figli non riconosciuti o non riconoscibili [...]”¹⁶⁶.

In relazione alla possibilità di accertare il rapporto di filiazione, si ricorda come il codice del 1942 ammettesse in modo incondizionato il riconoscimento volontario dei figli naturali da parte del padre o della madre (art. 250 c.c.); per i figli adulterini, solo da parte del genitore che al tempo del concepimento non era ancora unito in matrimonio (art. 252 c.c.); limitazioni forti erano previste per il riconoscimento volontario dei figli adulterini concepiti durante il matrimonio di uno dei genitori e di quelli incestuosi, mentre era vietata la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità di tutti i figli adulterini e incestuosi (artt., 269, 271, 272, 278 c.c.).

La situazione di privilegio in cui da molto tempo si poneva la famiglia fondata sul matrimonio si rifletteva inevitabilmente sul rapporto di filiazione il cui *status* preferenziale di legittimo non poteva venire intaccato da altri e diversi tipi di filiazione, ritenuti un *minus* dal sistema.

Da tale premessa è agevole capire la motivazione per la quale dottrina e giurisprudenza, anche costituzionale, dominante nella vigenza della disciplina codicistica del 1942, abbia considerato il primo alinea dell’art. 30 Cost. alla stregua di una norma di natura meramente programmatica, non in grado, cioè, di incidere direttamente sulla legislazione ordinaria vigente che continuava ad essere applicata in difformità al dettato costituzionale¹⁶⁷.

¹⁶⁶ M. DOGLIOTTI, *Sulla responsabilità del genitore per il fatto della procreazione*, nota a Pretura Roma, 9 maggio 1977, ord., in *Giur. it.*, 1978, I, 2, 184; il quale precisa come “tali notevoli disparità di trattamento si chiariscono sulla base delle più generali valutazioni di privilegio assicurato dallo stato matrimoniale nella qualificazione del rapporto di filiazione e di profondo sfavore verso la prole naturale, limitandosi drasticamente la possibilità di riconoscimento e di ricerca della paternità, in funzione di una rigorosa tutela, di carattere prevalentemente patrimoniale, della famiglia legittima”.

¹⁶⁷ Sottolinea come la teoria dell’efficacia programmatica delle norme costituzionali in materia di famiglia sia derivata dall’intervento di Vittorio Emanuele Orlando nella seduta del 23 aprile 1947 in A.C., II, p. 1156, E. LAMARQUE, *sub* art. 30, *op. cit.*, p. 623. Secondo l’a. gli argomenti forti sostenuti furono due e precisamente la mancanza di un effettivo contenuto normativo delle norme sui rapporti etico-sociali, ed il fatto che quelle materie erano riservate alla competenza legislativa e in allora già disciplinate dal Codice civile di guisa da costituire un sistema che non si poteva alterare senza compromettere la certezza del diritto. L’ a. rileva come secondo gli studiosi ciò che “sbloccò la situazione” fu l’avvio

In questa prospettiva, si riteneva che il primo comma dell'art. 30 Cost. dovesse essere interpretato alla luce del criterio di compatibilità di cui al terzo comma del medesimo articolo di guisa che il precetto costituzionale comportante l'obbligo dei genitori di mantenere, istruire ed educare la prole sussisteva solo nei confronti di quei figli il cui *status* fosse stato accertato secondo le norme del codice civile¹⁶⁸.

In seguito, dottrina e giurisprudenza¹⁶⁹, svincolando l'interpretazione del primo alinea al terzo e quarto comma dell'articolo citato, hanno attribuito natura immediatamente precettiva al disposto costituzionale, interpretando il dettato nel senso che il diritto e il dovere dei genitori di mantenere, istruire, ed educare i figli sussiste indipendentemente dall'accertamento dello *status filiationis*, ma per il fatto in sé della generazione la quale assume, per ciò solo, giuridica rilevanza.

Significativa al discorso che ci occupa, è l'ordinanza della Pretura di Roma del 9 maggio 1977¹⁷⁰, la quale nell'affermare la titolarità della legittimazione all'azione di una madre che aveva proposto l'azione *ex art. 700 c.p.c.* nell'interesse patrimoniale successorio della figlia minore dal cui atto di nascita risultava essere figlia legittima anche se era pacifico in causa che tra i genitori non vi fosse stato alcun rapporto di

dell'opera della Corte Costituzionale ed in particolare “la proclamazione dell'indifferenza ai fini del giudizio di costituzionalità sulle leggi anteriori alla Costituzione del loro (supposto) carattere programmatico o precettivo”, p. 628.

¹⁶⁸ Corte Cost., 8 maggio 1974, n. 118, nella quale si legge “nonostante il tenore letterale del primo comma dell'art. 30, non sembra che il dovere-diritto dei genitori di mantenere (istruire ed educare) i figli anche se nati fuori dal matrimonio sia posto in maniera illimitata e indiscriminata. Il relativo diritto non è attribuito ai figli “nati fuori del matrimonio” solo in quanto concepiti da dati genitori e nei confronti degli stessi, e cioè come effetto giuridico ricollegato alla pura e semplice verifica dell'indicata fattispecie e subordinatamente alla nascita del figlio. Dal Costituente si è voluto invece, attribuire quel diritto ai figli naturali che (non riconosciuti o non legittimati) possono, secondo la legislazione vigente, giudizialmente ed a tutti i consentiti fini provare la paternità o la maternità”; e Corte Cost., 8 maggio 1974, n. 121, entrambe in *Foro it.*, 1974, I, 1981.

¹⁶⁹ In dottrina, M. BESSONE, *Rapporti etico-sociali*, *op. cit.*, p. 93, il quale afferma con chiarezza: “Significato e valore precettivo delle direttive del primo comma dell'art. 30 sono di assoluta evidenza”. In giurisprudenza, cfr. ampiamente *infra*.

¹⁷⁰ Pretura di Roma, ordinanza 9 maggio 1977, in *Giur. it.*, 1978, I, 2, 184 “Il diritto-dovere dei genitori di istruire, educare e mantenere i figli, anche se nati fuori del matrimonio, si determina in capo al soggetto generante per il fatto stesso della procreazione, ancorché non risulti da uno *status* tipico qualificato secondo le norme del codice civile. Tale diritto-dovere si specifica nella potestà di esercitare le azioni cautelari necessarie al fine di garantire la conservazione del patrimonio dei figli rispetto ai quali opera quel diritto-dovere”; in *Foro it.*, 1977, I, 2576.

coniugio, chiariva come il titolo di legittimazione all'azione derivasse dal rapporto di generazione in applicazione dell'art. 30, comma 1° Cost.

Le parole dell'ordinanza chiariscono come “cotesta norma, infatti, la cui immediata precettività non sembra possa essere contestata, presenta un contenuto profondamente innovativo rispetto alla legislazione preesistente, in forza della quale non sembra sia consentito operare di essa una interpretazione riduttiva che la riferisca al rapporto di filiazione qualificato secondo le norme del codice civile come filiazione legittima o filiazione naturale riconosciuta”.

Per il giudicante, la norma costituzionale attribuisce una qualificazione giuridica al fatto della generazione nel senso che il diritto-dovere dei genitori di istruire, educare e mantenere i figli, anche se nati fuori del matrimonio, si determina in capo al soggetto generante per il fatto stesso della generazione, la cui esistenza non sia contestata o non sia contestabile, anche se non risulti da uno *status* tipico qualificato secondo le norme del codice civile.

In tale prospettiva, si giunge ad individuare l'esistenza di una potestà che senza assumere la qualificazione e i termini della potestà tipica conseguente al riconoscimento del figlio naturale, o dello *status* di figlio legittimo “si pone come dato strumentale necessario per la realizzazione di quel diritto-dovere costituzionalmente affermato”.

Ed in tale “atipica potestà” che si fonda sul fatto della procreazione, si comprende la legittimazione ad agire in via cautelare in capo alla madre priva della certezza dello *status* per la tutela dei diritti patrimoniali della figlia minore.

Più in generale, a partire dagli anni settanta, il principio di responsabilità per la procreazione nella novellata accezione incide direttamente sul sistema positivo, in primo luogo, attraverso il controllo di legittimità della Corte Costituzionale¹⁷¹ e in via più organica, con la Riforma legislativa del diritto di famiglia.

Le norme del codice civile modificate nel 1975 riprendono l'enunciazione del principio, stabilendo nell'ambito dei doveri verso i figli che derivano dal matrimonio, l'obbligo dei coniugi di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli (art. 147 c.c.); nell'ipotesi di filiazione naturale si prevede che il riconoscimento comporta da parte del

genitore l'assunzione di tutti i doveri e di tutti i diritti che egli ha nei confronti dei figli legittimi (art. 261 c.c.); l'art. 279 c.c., fuori dall'accertamento di uno *status filiationis*, o precisamente, "in ogni caso in cui non può proporsi l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità", consente al figlio naturale, *incidenter tantum*, di agire per ottenere il mantenimento, l'istruzione e l'educazione, nonché nell'ipotesi in cui sia maggiorenne e in stato di bisogno, gli alimenti.

Ed ancora, nella fattispecie di passaggio a nuove nozze di uno o entrambi i coniugi il cui matrimonio sia stato dichiarato sciolto o cessato per gli effetti civili, la normativa sul divorzio contempla la persistenza dell'obbligo di mantenere, istruire ed educare i figli nati o adottati durante il matrimonio (art. 6, comma 1°, l. 1° dicembre 1970, n. 898); nella disciplina sull'adozione, l'obbligo dell'adottante di mantenere, istruire e educare l'adottato conformemente all'art. 147 c.c. (art. 48, comma 2°, l. 4 maggio 1983 n. 184).

Ma è principalmente nelle applicazioni della giurisprudenza e nelle soluzioni pratiche da questa conseguite che si manifesta la portata dirompente del principio di responsabilità genitoriale.

Si ricorda, in particolare, la conclusione prospettata da Cass., Sez. I, 9 giugno 1990, n. 5633, la quale ha ritenuto valido il contratto con il quale un soggetto, - pur ammettendo di essere il genitore naturale e non volendo procedere al riconoscimento formale del figlio, - si è obbligato a corrispondere mensilmente un'assegno di mantenimento sul presupposto che non sussiste alcuna illiceità della causa per contrarietà a norme imperative o all'ordine pubblico ma piena conformità alla normativa generale; di rilevante interesse è, altresì, la decisione di Cass., Sez. I, 1° aprile 2004, n. 6365, la quale in applicazione del precetto contenuto nell'art. 30, comma 1° Cost., ammette il figlio maggiorenne e in stato di bisogno che ha lo stato di figlio legittimo altrui, ad agire *ex art. 279 c.c.* nei confronti del proprio padre biologico, al fine di ottenere dagli eredi di quest'ultimo il diritto agli alimenti, nel presupposto che i genitori legittimi non sono in grado di provvedervi.

Ed ancora la Corte Costituzionale con decisione del 21 ottobre 2005, n. 394 dichiarando non fondata, con una sentenza interpretativa di rigetto, la relativa questione

¹⁷¹ Rileva perfettamente le difficoltà insorte nei lavori della Corte Costituzionale, M. BESSONE, *Rapporti*

di legittimità costituzionale, ha riconosciuto la sussistenza del diritto del genitore affidatario di prole naturale ad ottenere, a seguito della cessazione della convivenza di fatto con l'altro genitore, la trascrizione del provvedimento di assegnazione della casa familiare. Si tratta - ha precisato la Corte - "di una *regula iuris* immanente al sistema, ricavabile per via interpretativa dal principio di responsabilità genitoriale"¹⁷².

Dall'interpretazione sistematica delle norme del codice civile poste a tutela della filiazione, in particolare l'art. 261 c.c. (il riconoscimento comporta da parte del genitore l'assunzione di tutti i diritti e doveri che spettano nei confronti dei figli legittimi) e l'art. 317-*bis* (che riconosce ad entrambi i genitori naturali, purché conviventi, la potestà sui figli, in maniera corrispondente a quanto statuito per la famiglia legittima *ex art.* 316

etico-sociali, op. cit., p. 95.

¹⁷² Corte Costituzionale, 21 ottobre 2005, n. 394, cit. Il giudice *a quo* ha sollevato la questione di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 3 e 30 Cost. degli artt. 261 (Diritti e doveri derivanti al genitore dal riconoscimento), 147 (Doveri verso i figli) e 148 (Concorso negli oneri), 2643 numero 8, 2652, 2653 e 2657 c.c. nella parte in cui non consentono la trascrizione del titolo che riconosce il diritto di abitazione del genitore affidatario della prole naturale, che non sia titolare di diritti reali o di godimento sull'immobile assegnato. Il giudice incidentale afferma, sulla scia di quanto statuito dalla Corte Costituzionale nella decisione n. 166 del 1998, che mentre l'assegnazione della casa familiare al genitore naturale affidatario di minore è consentita attraverso l'interpretazione sistematica degli artt. 261, 147 e 148 c.c. alla luce del principio di responsabilità genitoriale secondo il quale le esigenze di mantenimento del figlio debbono essere tempestivamente ed efficacemente soddisfatte a prescindere dalla qualificazione dello *status*, viceversa dal combinato disposto delle disposizioni di cui ai medesimi articoli del codice civile, non è possibile ricavare un principio generale che consenta anche di disporre la trascrizione del diritto di abitazione e ciò perché "le norme sulla trascrizione, rispondendo all'interesse pubblico alla sicurezza dei traffici giuridici, sono da considerarsi di stretta interpretazione nella parte in cui indicano gli atti soggetti a trascrizione". A parere del giudice rimettente, dunque, la normativa impugnata presenta profili di illegittimità rispetto agli artt. 3 e 30 Cost. nella parte in cui "differenzia il regime dell'assegnazione della casa familiare al genitore affidatario della prole naturale al termine della convivenza *more uxorio* da quello dell'assegnazione della casa familiare, nelle medesime condizioni di fatto, al genitore affidatario della prole legittima" e ciò in violazione del diritto e dovere del genitore di mantenere, istruire ed educare i figli anche se nati fuori del matrimonio e dell'obbligo per lo Stato di assicurare a questi ultimi ogni tutela giuridica e sociale. In buona sostanza, le norme impuginate dal rimettente si pongono in contrasto con il principio di parità di trattamento di cui all'art. 3 Cost. perché differenziano il trattamento del genitore affidatario di prole naturale da quello riservato al genitore affidatario di prole legittima. In secondo luogo, violano l'art. 30 Cost. sia in relazione al diritto e dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio, sia in relazione all'obbligo per il legislatore di assicurare ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, purché compatibile con i diritti della famiglia legittima. La Corte Costituzionale, nel dichiarare infondata la questione prospettata, ribadisce l'esistenza nell'ordinamento di una *regula iuris* immanente al sistema che si ricava per via interpretativa applicando il principio di responsabilità genitoriale di cui all'art. 30 Cost.

c.c.), lette alla luce del principio di responsabilità genitoriale di cui all'art. 30 Cost. e del superiore interesse del figlio alla conservazione dell'abitazione familiare, la Corte deduce l'esistenza di tale regola che consente la trascrizione del provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare al genitore affidatario della prole naturale.

La Corte Costituzionale, nella sentenza citata, conclude affermando che “il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli e di garantire loro la permanenza nel medesimo ambiente in cui hanno vissuto con i genitori deve essere assolto tenendo conto, prima che delle posizioni di terzi, del diritto che alla prole deriva dalla responsabilità genitoriale prevista dall'art. 30 della Costituzione e tesa a favorire il corretto sviluppo della personalità del minore”.

La breve rassegna di alcuni degli interventi più significativi della giurisprudenza costituzionale e di legittimità che ha dato applicazione al principio costituzionale, pur nella diversità dei risultati pratici conseguiti, manifesta “una costante” di fondo che merita di essere rilevata.

Il sistema positivo della filiazione o meglio la disciplina del rapporto genitori-figli poggia sulla preminenza del superiore interesse del figlio, colto nei diversi aspetti e momenti dell'esistenza.

Dalla lettura delle decisioni giurisprudenziali si coglie come il principio della responsabilità genitoriale sancito dall'art. 30, comma 1° Cost. sia, per così dire, funzionalizzato alla tutela dell'interesse esclusivo del minore, a prescindere dal titolo di legittimo o naturale di quest'ultimo e della corrispondente posizione del genitore. Nelle conclusioni della Suprema Corte, sembra si tratti, in sostanza, di una proiezione dell'interesse del minore; diversamente, non viene presentato come principio che riconosce anche in capo al “genitore”, inteso come colui che genera, una posizione giuridica qualificata nell'ordinamento giuridico.

In altre parole, se in linea teorica si è concordi nel ritenere che il fatto della procreazione sia sufficiente a qualificare giuridicamente “colui che genera”, da cui la titolarità di diritti e doveri, nelle applicazioni concrete, “tale attribuzione di giuridica rilevanza” è rigorosamente collegata alla tutela effettiva, fattuale e preminente del figlio, al punto tale che se si toglie di mezzo quest'ultimo quale termine di riferimento, non si configura un'autonoma situazione giuridica del genitore.

Così per ipotesi, la trascrizione del provvedimento di assegnazione della casa familiare al genitore affidatario di prole naturale viene consentita in nome del principio di responsabilità genitoriale nel senso che il diritto al mantenimento, all'istruzione e all'educazione, nei quali si comprende evidentemente anche il diritto del minore a conservare l'*habitat* familiare, impongono la tutela pubblicitaria *de qua* nel presupposto esclusivo dell'esistenza di un figlio e a prescindere dalla "qualità" del rapporto di filiazione.

Nel parlare di responsabilità genitoriale, ci si riferisce comunemente alle conseguenze che derivano dal fatto della procreazione, senza considerare, tuttavia, i possibili significati che il termine "procreazione" può suggerire anche in relazione al momento a partire dal quale può discendere tale responsabilità.

Invero, il principio di responsabilità genitoriale di cui al dettato costituzionale sembra presupporre la nascita del figlio e riguarda in vario modo gli effetti della relazione genitori-figli scomponibile, nella normalità delle situazioni, nell'istituto della potestà, e nella patologia delle relazioni coniugali, nell'affidamento dei figli.

In ogni caso, in funzione del figlio.

Dall'esistenza del suddetto principio, tuttavia, non è desumibile alcuna posizione giuridica qualificata in capo al genitore a partire dal momento procreativo.

Tutto è subordinato alla nascita.

Forse dovrebbe parlarsi di responsabilità per il fatto della nascita; o, piuttosto rovesciando la prospettiva, si potrebbe riconoscere che quei diritti e doveri posti in capo al genitore lo qualificano come tale dal fatto da cui derivano: l'atto procreativo.

Del resto che il principio di responsabilità genitoriale sia considerato nella preminente se non esclusiva prospettiva dell'interesse del figlio, è confermato, dall'interpretazione raggiunta che anche a livello europeo, dal Regolamento CE n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale adottato dal Consiglio il 27 novembre 2003 e in vigore in tutti i paesi dell'Unione Europea, ad eccezione della Danimarca, dal 1° marzo 2005¹⁷³.

¹⁷³ M. FINOCCHIARO, *Va in soffitta la nozione di "potestà": ora il nucleo ruota intorno ai figli*, in *Guida al dir., Dossier*, 3, 2004, p. 112 ss., il quale rileva come in tale Regolamento siano posti in primo piano gli obblighi dei genitori la cui somma integra la "responsabilità genitoriale" mentre si privilegiano i diritti

L'importanza dell'intervento merita di aprire una breve parentesi.

E' stato posto in luce, come nella materia del diritto di famiglia, si stia attuando a livello europeo un'evoluzione verso il consolidarsi di indirizzi unitari in particolare nei confronti del principio di uguaglianza nella posizione dei coniugi e della effettiva parificazione della filiazione legittima a quella naturale nei rapporti genitori-figli¹⁷⁴.

Espressione di tale graduale evoluzione può considerarsi il principio in esame di cui il Legislatore europeo è giunto a dare una definizione normativa attraverso lo strumento del Regolamento, immediatamente e universalmente applicabile negli Stati membri, chiarendo come l'espressione "responsabilità genitoriale" di cui all'art. 2 n. 7 del citato provvedimento¹⁷⁵ significhi quel complesso di "diritti e doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo riguardante la persona o i beni di un minore. Il termine comprende, in particolare il diritto di affidamento e il diritto di visita".

Segnatamente, si specifica come per diritto di affidamento si intenda "i diritti e i doveri concernenti la cura di una persona di un minore, in particolare il diritto di intervenire nella decisione riguardo al suo luogo di residenza" (art. 2, n. 9).

E il diritto di visita è definito come "il diritto di condurre il minore in luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo di tempo limitato".

La novità introdotta dal Legislatore europeo rispetto al precedente Regolamento 1347/2000¹⁷⁶ per il profilo afferente i rapporti personali genitori-figli consiste nella sua applicabilità alla "responsabilità genitoriale" indipendentemente dalla contestualità della

dei figli e si esclude che nei loro confronti i genitori abbiano "diritti" o "poteri"; J. LONG, *L'impatto del regolamento CE 2201/2003 sul diritto di famiglia italiano: tra diritto internazionale privato e diritto sostanziale*, in *Familia*, 2006, I, p. 1127 ss.; E. CALO', *L'influenza del diritto comunitario sul diritto di famiglia*, in *Familia*, 2005, I, p. 509; R. CONTI, *Il nuovo regolamento comunitario in materia matrimoniale e di potestà parentale*, in *Fam e dir.*, 2004, p. 291.

¹⁷⁴ C.M. BIANCA, *Dove va il diritto di famiglia?*, in *Familia*, 2001, I, p. 3 ss.

¹⁷⁵ Si tratta del Regolamento relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, in *GUUE*, L 338 del 23 dicembre 2003, p. 1 ss.

¹⁷⁶ Il precedente regolamento CE n. 1347/2000 del Consiglio del 29 maggio 2000 sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi (GUGE 30 giugno 2000 L. 160, p. 19) era limitato ai procedimenti relativi alla potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi, instaurati in occasione dei procedimenti in materia matrimoniale (art. 1, comma 1°, lettera a).

decisione sulla responsabilità genitoriale con un procedimento matrimoniale, dall'esistenza di un matrimonio tra i genitori o dall'esistenza di genitori esercenti la potestà.

Da un lato, quindi, il concetto di responsabilità genitoriale europeo si avvicina a quello nazionale e prescinde dall'esistenza in generale di una cornice matrimoniale.

Dall'altro, tuttavia, esso sembra abbracciare una serie di situazioni soggettive facenti capo al genitore, che nel nostro sistema sono trattate separatamente, quali l'obbligo al mantenimento, l'affidamento, la potestà genitoriale¹⁷⁷, nella prospettiva esclusiva o fortemente prevalente della protezione del minore, senza che sia dato rilevare quindi un'autonoma considerazione della posizione genitoriale che non sia funzionalizzata alla cura di tale soggetto.

Di contro, per quanto ci occupa, è doveroso porre in evidenza come il dato letterale della disposizione costituzionale in esame consenta di prospettare altre e diverse riflessioni¹⁷⁸.

Emerge con chiarezza, infatti, come il principio di responsabilità per la procreazione abbia configurato l'esistenza di una "qualità genitoriale" comprensiva di "diritti e doveri" che deriva direttamente dalla procreazione a prescindere dal contesto giuridico o non giuridico in cui i soggetti protagonisti dell'evento generativo si trovano o hanno scelto di porsi.

E' noto, infatti, come accanto al dovere-obbligo del genitore, già del resto presente nel codice civile del 1942, l'Assemblea costituente abbia introdotto "il diritto" del medesimo di mantenere, istruire ed educare i figli.

Tale modificazione testuale non risulta essere di carattere formale ma ha inciso profondamente sulla considerazione del rapporto generativo.

Invero, se tradizionalmente la relazione genitori-figli rilevava sotto il profilo del potere-dovere, nel senso che si riteneva il genitore investito di una sorta di supremazia

¹⁷⁷ A. PALAZZO, *La filiazione*, *op. cit.*, p. 558.

¹⁷⁸ E' stato rilevato come tra le funzioni riconosciute all'art. 30, comma 1°, Cost. vi sia anche quello di attuare una sostanziale e non solo formale parificazione del padre e della madre nel diritto-dovere di mantenere, educare ed istruire i figli; E. LAMARQUE, *sub art. 30 Cost.*, *op. cit.*, p. 631 ed ivi riferimenti giurisprudenziali.

sul figlio funzionale al dovere di mantenerlo, istruirlo ed educarlo¹⁷⁹, ora si afferma l'esistenza di un diritto del genitore che deriva anch'esso dal fatto della procreazione indipendentemente dalla qualità giuridicamente accertata sotto il profilo dello *status*, di genitore legittimo, naturale, illegittimo.

Tale "diritto", viene attribuito al genitore; non si adopera l'espressione "madre" o "padre". Sembra che sia indifferente per il Legislatore costituente che si tratti dell'uno o dell'altro.

Il genitore sembra precedere la qualità di madre o di padre; può risolversi in essi ma non si identifica con essi.

La previsione di questo "diritto" del genitore non è sfuggita alla dottrina più accreditata anche se non vi è accordo sull'interpretazione dello stesso.

Secondo taluni, infatti, si tratterebbe di un diritto di essere lasciati soli nello svolgimento del processo di formazione dei figli¹⁸⁰.

In questa direzione non è configurabile una posizione di diritto soggettivo dei genitori nei confronti dei figli ma solo nei confronti dello Stato e dei terzi nella prospettiva di escludere ogni ingerenza di questi ultimi nel processo di educazione e di crescita del minore.

Secondo altra dottrina, avallata dalla giurisprudenza anche costituzionale, il diritto dei genitori non va inteso come riconoscimento di una loro libertà personale, ma si risolve in una "funzione" che trova nell'interesse del figlio il suo stesso limite¹⁸¹.

Invero, è da rilevare che anche quell'orientamento che recentemente ha negato l'esistenza di un diritto soggettivo in senso tecnico in capo ai genitori - "anche se la Costituzione (art. 30 Cost.) e altre fonti (v. § 1626 del BGB, per esempio) parlano solitamente di un insieme di diritti e doveri"¹⁸² - riconosce l'esistenza nell'ordinamento di un interesse dei genitori alla cura dei minori; interesse che è assimilabile a quello

¹⁷⁹ Per una recente sintesi v. G. GIACOBBE, *Responsabilità per la procreazione ed effetti del riconoscimento del figlio naturale*, op. cit., p. 730.

¹⁸⁰ P. ZATTI, *Rapporto educativo ed intervento del giudice*, in AA. V.V., *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 242.

¹⁸¹ Così anche Corte Cost., 27 marzo 1992, n. 132, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1108; Corte Cost., 25 giugno 1981, n. 109, in *Foro it.*, 1981, I, 1791.

¹⁸² A. PALAZZO, *La filiazione*, op. cit., p. 587.

dell'obbligato, cioè rilevante, ma subordinato all'interesse del soggetto attivo del rapporto¹⁸³.

Invero, è da ritenere, conformemente ad una recente giurisprudenza costituzionale, che le posizioni soggettive riconosciute nell'art. 30, comma 1° Cost. vadano individuate alla luce di una interpretazione sistematica della disposizione, specie in relazione alla previsione dei diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 Cost., e possano così acquisire la consistenza di autonomi diritti fondamentali della persona¹⁸⁴, a prescindere dal formale accertamento dello *status* e a partire dall'atto procreativo.

In conclusione, si è visto come la disposizione costituzionale, voluta dall'Assemblea Costituente, abbia riconosciuto "il diritto e il dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli anche se nati fuori dal matrimonio".

Il precetto, dapprima interpretato riduttivamente, è stato progressivamente inteso nel senso di tutelare qualsiasi ipotesi di filiazione, a prescindere dall'accertamento formale dello *status*, per il fatto della procreazione.

In tale mutata prospettiva, il fatto in sé della generazione assume giuridica rilevanza e consente parimente di qualificare la posizione di "colui che genera".

Non si parla di "madre" o "padre", concetti evidentemente riferibili ad altri contenuti, ma di "genitore" come colui che genera cioè è tale a partire da un momento indefinito o indefinibile, ma certamente precedente la nascita del figlio.

Anche la giurisprudenza, costituzionale e di legittimità, accoglie tale principio e giunge a soluzioni applicative di significativa importanza nella prospettiva del riconoscimento del preminente interesse del figlio.

L'interpretazione letterale e sistematica del primo alinea dell'art. 30 Cost. permette, tuttavia, una lettura più completa del dettato costituzionale che va oltre la prospettiva della tutela dell'interesse del figlio.

Emerge progressivamente il valore "genitore" di rilievo costituzionale, identificato in colui che genera e a partire dal momento in cui il fatto ha origine.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 587 ss.

¹⁸⁴ Corte Cost., 19 gennaio 1995, n. 28, in *Giur. cost.*, 1995, p. 271; Corte Cost., 26 giugno 1997, n. 203, in *Giur. it.*, 1998, p. 205 con nota di L. PASOTTI, *Convivenza more uxorio e diritto dell'extracomunitario al ricongiungimento con i figli*; Corte Cost., 27 luglio 2000, n. 376, in *Famiglia*, 2001, II, p. 1155 con nota di F. TORIELLO, *Espulsione del padre durante la gravidanza: la Consulta allinea la legge sugli stranieri ai "principi fondamentali"*; Corte Cost., 7 giugno 2002, n. 232, in *Giur. cost.*, 2002, p. 1768.

L'indagine condotta nella ricerca di un fondamento costituzionale della paternità attraverso il percorso tracciato da dottrina e giurisprudenza sul principio di responsabilità per il fatto della procreazione (art. 30, comma 1° Cost.) consente di constatare la crescente rilevanza del valore "genitorialità" come binomio funzionale alla realizzazione dell'interesse del figlio; permette, altresì, di individuare i contenuti e i confini di tale qualità e di ipotizzare l'esistenza nell'ordinamento giuridico di un valore "autonomo" dell'essere genitore svincolato, cioè, dalla presenza del figlio e anticipato rispetto alla nascita di quest'ultimo.

Merita di essere menzionato quell'orientamento più risalente che se pure considera l'art. 30 Cost. nella prospettiva più volte evidenziata anche dalla Corte Costituzionale di accordare tutela giuridica e sociale alla filiazione fuori del matrimonio, nondimeno si spinge oltre la prospettiva "genitoriale", ritenendo altrettanto "accettabile pensare che l'ottica prospettata dall'art. 30 deriva da un preciso riconoscimento del valore della paternità, quale forma di responsabilità, ma soprattutto di obbligo inderogabile di solidarietà e di diritto inviolabile, ai quali l'ordinamento giuridico ricollega risonanza sul piano costituzionale, con l'impegno programmatico dello Stato di attuare interventi legislativi e di educazione e di sottolineatura"¹⁸⁵.

Per quanto sia apprezzabile lo sforzo esegetico della citata dottrina, rimane, tuttavia, il dubbio che il concetto di "genitore" non basti a far emergere la "paternità" "come nucleo di valori e di interessi che non la riguardano semplicemente come *specie* di un genere binario che è la genitorialità, ma come specificità esistenziale e quindi giuridica"¹⁸⁶.

6. Progressiva emersione di un "diritto alla paternità". Rilevanza costituzionale?

Non può sottacersi come la giurisprudenza¹⁸⁷ e anche la dottrina¹⁸⁸ più recente comincino a parlare, se pure sporadicamente, di un diritto alla paternità.

¹⁸⁵ Cfr., L. ARCIDIACONO, *Interruzione della gravidanza e principi costituzionali*, op. cit., p. 745 ss.

¹⁸⁶ P. ZATTI, *Profili sommersi della paternità*, Intervento tenuto alla Sala del Consiglio notarile di Padova, 16 maggio 2007 a cura della Scuola di Notariato del Comitato Triveneto.

¹⁸⁷ Trib. Bologna, ord. 9 maggio 2000, in *Famiglia*, 2001, II, p. 468 ss. con nota di I. CORTI, *Procreazione assistita e diritto alla maternità*; Trib. Bologna, 26 giugno 2000, in *Fam. e dir.*, 2000, p. 614 ss., con nota

Rimane, tuttavia, da chiarire che cosa esattamente voglia significare tale espressione: da un lato, ci si potrebbe riferire a quella posizione soggettiva riconosciuta in capo all'uomo "(com)partecipe dell'atto procreativo" a che ci sia la nascita di un bambino.

Dall'altro, si ritiene che la locuzione esprima qualcosa di più profondo, complesso e pericoloso di quanto detto, fino a significare l'esistenza di un diritto dell'uomo di partecipare alle decisioni che concernono i figli, anche nati¹⁸⁹e perfino non concepiti.

Più spesso, si sente parlare della figura paterna, per così dire, dal lato passivo del rapporto, come conseguenza della mancanza di questa presenza dal punto di vista del figlio, inteso come soggetto debole da tutelare; solo indirettamente e in maniera consequenziale a tale prospettiva si delinea la posizione giuridica attiva di colui cui l'ordinamento positivo accorda sì doveri e responsabilità, ma anche diritti, poteri, facoltà.

di G. CASSANO, *Impianto degli embrioni ed autodeterminazione nelle scelte procreative*; Trib. Venezia, 16-30 giugno 2004, n. 1292, in *Fam. e dir.*, 2005, p. 297 ss. con nota di G. FACCI, *Il "nuovo danno non patrimoniale" nelle relazioni familiari*; in *Danno e resp.*, 2005, p. 548 ss. con nota di R. DE STEFANIS, *Padre "assente" e responsabilità verso il figlio*; in *Guida al dir.*, 2004, p. 61 ss. con nota di M. FINOCCHIARO, *Impossibile riconoscere il risarcimento se non è peggiorata la qualità della vita*; Cass., Sez. I, 7 giugno 2000, n. 7713, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, p. 923 con nota di P. ZIVIZ, *Continua il cammino del danno esistenziale*; V. LOJACONO, voce "Padre", in *Enc. del dir.*, XXXI, Giuffrè, Milano, 1981, p. 499 ss.

¹⁸⁸ F. M. ZANASI, "Il diritto ad essere padre" in *I diritti della persona: tutela civile, penale, amministrativa*, a cura di P. Cendon, III, Utet, Torino, 2005, p. 563 ss.

¹⁸⁹ D. VINCENZI AMATO, *Famiglia, maternità e paternità nella disciplina dell'aborto*, op. cit., p. 1714 ss., dove l'a. nella nota (6), p. 1717 si chiede cosa debba intendersi per "diritto alla paternità". Se con tale espressione si vuole significare il diritto alla nascita del bambino ovvero il diritto di partecipare alle decisioni che concernono i figli, anche nati; nel primo caso l'a. ricorda che mentre non è discutibile il risarcimento accordato ai genitori nell'ipotesi di perdita del nascituro conseguente a lesioni colpose o dolose arrecate da terzi alla madre, dubbia è la possibilità che il padre sia risarcito per la stessa perdita dalla madre che con un proprio comportamento abbia provocato l'interruzione della gravidanza. Nella seconda ipotesi, l'a. evidenzia che in nessun caso nelle ipotesi di decisioni familiari che richiedono per legge il consenso di entrambi i coniugi è previsto un risarcimento a carico di quello dei due che abbia agito unilateralmente.

Sotto la prima angolazione, merita di essere segnalata la decisione del Tribunale di Venezia¹⁹⁰ la quale ha riconosciuto e liquidato ad una figlia il danno esistenziale per la totale, consapevole e sofferta assenza della figura genitoriale paterna sul presupposto della provata lesione del diritto fondamentale “all’apporto anche morale ed assistenziale chiaramente mancato”.

Nel valutare la risarcibilità dell’ulteriore danno non patrimoniale, non strettamente morale, ma conseguente alla lesione di un diritto soggettivo assoluto certamente di valenza costituzionale, - cioè il diritto di ogni figlio all’assistenza morale e materiale di ciascun genitore -, il Tribunale chiarisce come il concepimento non si riduca ad un fatto meramente materiale atteso che la nostra Carta obbliga i genitori anche naturali, e senza distinzione alcuna sulla natura del vincolo che li lega, ad assistere materialmente e moralmente la prole, imponendo un obbligo non solo patrimoniale ma esteso all’assistenza educativa di guisa che è “culturalmente evidente che la mancanza di un padre, del vero padre, non rende la condizione della figlia assimilabile alla posizione di chi abbia goduto della presenza fattiva, costruttiva ed affettuosa del genitore naturale”¹⁹¹.

A questo punto è opportuno delimitare la portata dell’espressione di cui alla presente indagine.

E’ certo che si tratta della progressiva emersione di una posizione giuridica soggettiva distinta dal concetto di “genitorialità” e di “responsabilità” di sicuro rilievo costituzionale.

Non può nemmeno porsi in dubbio che si tratti di una situazione giuridica di rilevanza civilistica: le norme del codice civile, la legislazione speciale in tema di adozione, di procreazione assistita, di affidamento condiviso, presuppongono il concetto giuridico di padre, il diritto di divenire tale, di vivere pienamente tale situazione anche nelle ipotesi “patologiche” del rapporto matrimoniale o di convivenza.

¹⁹⁰ Vedi nota *supra*. La fattispecie che ha dato origine alla citata decisione ha ad oggetto un caso in cui, nonostante sia stata accertata giudizialmente con sentenza passata in giudicato la paternità naturale, il padre abbia trascurato completamente i propri doveri patrimoniali e morali nei confronti della figlia.

¹⁹¹ Trib. di Venezia, decisione cit.

L'interrogativo più delicato se mai rimane quello di capire e dimostrare in quale modo tale situazione giuridica possa assurgere rilievo anche costituzionale¹⁹².

E la risposta, si è detto, non è di poco momento atteso che essa involge differenti profili che rilevano *de iure condendo* e *de iure condito*, come si è soliti dire.

Il problema è reso ancora più acuito per il fatto che la Costituzione formale non prevede una norma apposita che espliciti il concetto di padre, né una disposizione volta a tutelare espressamente la paternità, analogamente a quanto è stato previsto per “la maternità, l’infanzia, la gioventù”; né, nei lavori preparatori alla Costituzione, sembra affiorare la preoccupazione di comprendere tra i soggetti deboli da tutelare, il padre, attesa l’indiscussa e presupposta supremazia di tale figura e la preoccupazione di non esporla a giudizi infamanti o disonorevoli.

L’unico alinea che contempla letteralmente la parola “paternità” si limita a demandare alla legge ordinaria la previsione di “regole e limiti” alla ricerca della paternità.

E si è detto come, nella prospettiva dei legislatori costituenti, la disposizione mirasse a tutelare il *pater familias* da azioni pretestuose o temerarie; infatti, si discute della ricerca della paternità allorché si vuole regolamentare la posizione giuridica dei figli illegittimi.

Tuttavia, non può riconoscersi come oggi il punto di vista sia radicalmente mutato; su tutto, sull’accertamento della verità storica, prevale l’interesse del minore,

¹⁹² Sull’inesistenza di un diritto costituzionale alla paternità, anche negli altri ordinamenti stranieri cfr., J. LUTHER, *Le vie del padre non sono finite*, in *Giur. cost.*, 1988, p. 1721 ss. L’autore a commento dell’ordinanza della Corte Costituzionale n. 389 del 1988 afferma in riferimento all’incostituzionalità della norma impugnata: “le disposizioni costituzionali invocate non sono violate da questa norma. Il diritto alla paternità non rientra nella Costituzione, bensì nel campo dei “principi giuridici generali” oggetto della politica intesa come lotta per il diritto giusto. La questione è quindi infondata. Oppure le disposizioni costituzionali invocate sono violate in quanto si riconosce un diritto inviolabile alla paternità; in questa seconda ipotesi, ogni dichiarazione contraria si risolverebbe in un diniego di giustizia” (p. 1725). L’autore ricorda, altresì, sulla questione del diritto costituzionale alla paternità, l’ordinanza 9 giugno 1978 del Tribunale di Pesaro, nella quale si prospettava l’incostituzionalità degli artt. 4, 5 e 22 della l. n. 194 del 1973 “con riferimento al comma 1° dell’art. 31, dappoiché l’affermazione di un diritto della madre ad autodeterminarsi liberamente, comporta l’annullamento dell’interesse autonomo, costituzionalmente rilevante, proprio di ciascun genitore in ordine alla generazione, cioè alla famiglia”. In conclusione l’a. conclude nel senso che non esiste *costitutioe lata* un diritto costituzionale alla paternità né può essere introdotto da una lettura evolutiva o “aperta” dell’art. 2 Cost.

del figlio, che in tal modo riesce a plasmare di volta in volta il significato e il fondamento ultimo dell'idea di padre.

Così sembra essere anche per la madre. E' noto, infatti, come la nozione di madre, tradizionalmente certa secondo il brocardo latino *mater sempre certa est*, è divenuta problematica a seguito dell'applicazione delle tecniche artificiali che consentono una frammentazione della maternità¹⁹³.

Ma in tale caso, il problema sembra più remoto, meno insoluto perché in fondo nella quasi totalità delle ipotesi l'esperienza insegna che la donna resta giuridicamente protetta dalla sua stessa condizione di gestante, partoriente, madre.

Si potrebbe dire che la natura "aiuta" la donna nell'essere giuridicamente madre. Non così è per l'uomo.

L'indagine sulla ricerca di un fondamento costituzionale del diritto di essere padre condotta attraverso la Costituzione formale non ha dato risultati del tutto convincenti se ci si limita ad una lettura analitica delle singole previsioni costituzionali.

Diversamente, la lettura sistematica degli articoli che si occupano della famiglia consente di individuare alcuni principi fondamentali di sicuro rilievo costituzionale.

Da un lato, infatti, si è visto come la giurisprudenza sia giunta a configurare un diritto di procreare secondo natura di sicuro rilievo costituzionale; dall'altro, si pone oramai nell'interpretazione quasi unanimemente condivisa da dottrina e giurisprudenza il principio di responsabilità per il fatto della procreazione che trae fondamento dall'art. 30, comma 1° Cost.; ed ancora, si può ritenere che per quanto il rinvio formale al concetto di "maternità" (art. 31, comma 2°) non basti ad elevare tale "condizione" al rango di principio fondamentale, una lettura sistematica delle norme che si occupano di tale situazione soggettiva (artt. 31, 37, 2, 3 Cost.), conduce a ravvisare un *fumus* di costituzionalità del diritto alla maternità difficilmente contestabile.

Invero, per quanto si sostiene che la previsione testuale dell'art. 30, comma 4° Cost., il quale opera un rinvio alla legge per la previsione di "norme e limiti per la ricerca della paternità", non ha condotto a soluzioni apprezzabili quanto al fondamento costituzionale del diritto alla paternità, si ritiene che essa giunga a garantire "la ricerca

¹⁹³ Ci si riferisce alla c.d. maternità surrogata, pratica attualmente vietata dalla disciplina sulla p.m.a. di cui *infra*, Capitolo terzo.

della paternità” quale risultato da conseguire attraverso le vie scelte dal legislatore ordinario.

Se quindi, si ritiene costituzionalmente garantito questo risultato di “una ricerca della paternità” si deve, altresì, puntualizzare come tale ultima espressione non abbia altre caratteristiche se non quelle derivante dal “fatto materiale della procreazione”.

Si configura, quindi, un diritto della “paternità” della procreazione quale risultato, costituzionalmente garantito, di una ricerca la cui disciplina è delegata al legislatore.

E nel prosieguo della ricerca, si vedrà come, tradizionalmente, il legislatore consenta tale ricerca ancorando l'accertamento della paternità al sistema dello *status*; tuttavia, è opportuno anticipare fin d'ora che la categoria dogmatica dello *status* non è in grado di rispecchiare fedelmente tutte le sfaccettature in cui la paternità acquista rilevanza giuridica¹⁹⁴ di guisa da poter ritenere che questa soluzione non sia l'unica percorribile¹⁹⁵.

In conclusione, può rilevarsi come l'interpretazione sistematica del testo costituzionale con l'apporto prospettato dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità abbia evidenziato l'emersione di nuovi interessi di rilevanza costituzionale riconducibili alla posizione del padre, quale in *primis*, il diritto fondamentale di procreare secondo natura.

Ed ancora, l'art. 30, comma 4° della Costituzione, letto in combinato disposto con il principio di responsabilità per la procreazione di cui al primo comma del medesimo articolo, suggerisce l'idea che sia costituzionalmente garantita la possibilità di accertare la paternità della procreazione secondo natura.

Non si dice che tale risultato debba raggiungersi attraverso la costituzione e l'accertamento dello *status filiationis*, ma pare oramai certo che tale risultato sia costituzionalmente garantito.

Del resto, se è vero che il “fatto materiale della procreazione” è ad un tempo assunto a diritto e fonte di responsabilità di rilievo costituzionale, ne discende come

¹⁹⁴ A volte, anzi, richiedere l'accertamento dello *status* pare addirittura “esagerato” rispetto allo scopo che si vuole perseguire, cfr. il Capitolo secondo.

¹⁹⁵ Del resto il Costituente ha posto una riserva di legge per la ricerca della paternità.

“logico presupposto” che il medesimo “fatto materiale” deve trovare analogia tutela nella diversa prospettiva del suo stesso accertamento.

E deve ritenersi che tale conclusione non valga solamente dal punto di vista del figlio, il quale si dice, ha il diritto di avere un padre ma anche sotto il profilo del genitore a che sia riconosciuta la propria condizione giuridica esistenziale di paternità.

Non di meno, è senz'altro da condividere l'interrogativo posto da quella dottrina la quale si è chiesta se non andrebbero oggi riscritte quelle disposizioni costituzionali nella parte in cui “in un contesto di protezione di valori forti legati a soggetti deboli” quali la madre, l'infante, il giovane, non hanno incluso anche la figura del padre¹⁹⁶.

¹⁹⁶ P. ZATTI, *Profili sommersi della paternità*, Intervento tenuto alla Sala del Consiglio notarile di Padova, 16 maggio 2007 a cura della Scuola di Notariato del Comitato Triveneto.