



Convegno "Diritti al riconoscimento di essere figlio" 24 ottobre 2007 – Torino

Evento realizzato dall'AssFi.N. nell'ambito della Fiera Internazionale delle Pari Opportunità e dei Diritti per Tutti, promossa a Torino dalla Regione Piemonte nel Centro Congressi del Lingotto, Melting Box



ALLA RICERCA DEI GENITORI: LE REGOLE DEL DIRITTO ITALIANO *Intervento del Professore Leonardo Lenti*

*Professore Ordinario di Diritto Privato
Università degli Studi di Torino*

1.

La costituzione, all'art. 30, stabilisce il principio di eguaglianza tra figli legittimi e figli naturali: eguaglianza piena e senza limiti per quanto riguarda i diritti dei figli nei confronti dei loro genitori (art. 30 c. 1°); eguaglianza con il limite della compatibilità con i diritti dei componenti della famiglia legittima in ogni altro campo (art. 30 c. 3°), come per esempio in quello della successione a causa di morte.

Le residue differenze di trattamento che esistono oggi nel nostro diritto tra figli legittimi e figli naturali sono molto ridotte. Le più rilevanti sono le seguenti.

Sono molto diverse le regole tecniche per la costituzione del rapporto di filiazione, fino alla formazione dell'atto di nascita. Nel caso della filiazione legittima l'attribuzione della paternità al marito della madre è automatica, una volta che risulti la nascita da una donna sposata. Nel caso della filiazione naturale, invece, non vi sono automatismi, ma occorre il riconoscimento: occorre cioè che entrambi i genitori compiano un atto volontario, con il quale dichiarano che quel certo individuo è loro figlio. In mancanza del riconoscimento paterno, come meglio dirò tra poco, è possibile agire in giudizio per la dichiarazione di paternità naturale; la relativa sentenza produce gli stessi effetti del riconoscimento.

Diverse sono anche le regole sulla competenza degli organi giudiziari in caso di conflitti fra i genitori separati riguardanti l'affidamento dei figli: se si tratta di figli di coppie sposate, è competente il tribunale ordinario, se si tratta di figli di coppie non sposate è invece competente il tribunale per i minorenni.

La successione legittima (cioè quella che si apre in mancanza di testamento) dei parenti collaterali, e più precisamente dei fratelli e sorelle fra loro, presenta una forte disparità di trattamento: i fratelli e le sorelle naturali sono posposti ai parenti legittimi fino al 6° grado e prevalgono unicamente sullo stato. Si tratta di una disparità di trattamento ormai quasi unanimemente considerata ingiustificata, ma ancora esistente a causa della consueta inetta inerzia del parlamento.

2.

Quali sono le regole di diritto riguardanti la ricerca dei propri genitori? Non vi è una risposta unitaria.

Si devono tenere infatti ben distinte situazioni diverse – troppo diverse fra loro per essere assimilate, come invece spesso accade a livello di informazione giornalistica – secondo qual è la finalità della ricerca: se è volta a ottenere il riconoscimento giuridico della propria condizione di figlio o se è volta soltanto allo scopo di sapere, sia per soddisfare un bisogno di carattere psicologico (o sanitario), sia per acquisire la conoscenza dei dati necessari al fine di decidere se intraprendere o meno una successiva azione legale per modificare il rapporto di filiazione risultante dall'atto di nascita. Alla diversità delle situazioni concrete corrisponde un diverso modo di presentarsi degli interessi contrapposti delle persone coinvolte nella vicenda (figli e genitori): ed è proprio principalmente in considerazione di ciò che il diritto stabilisce regole diverse secondo i casi.

Vediamo ora con maggior precisione quali sono queste situazioni:

a) la ricerca del padre da parte del figlio riconosciuto e allevato dalla sola madre, al fine di giungere, attraverso un'azione in giudizio, alla costituzione formale del rapporto di filiazione, con tutti i diritti e gli obblighi che ne conseguono;

b) la ricerca per determinare l'identità del padre biologico effettivo, quando vi è il sospetto che lo stato familiare del figlio risultante dall'atto di nascita, legittimo o naturale, non corrisponda a verità: lo scopo è quello di conoscere i dati necessari, per poter decidere a ragion veduta se agire in giudizio o meno;

c) la ricerca dei genitori biologici da parte del figlio di genitori *noti*, dai quali è stato allontanato perché maltrattato o abbandonato, successivamente dato in adozione: unico scopo può essere quello di avere informazioni sia sulla vicenda che

aveva portato alla dichiarazione di adottabilità sia eventualmente di conoscerne l'identità, dal momento che il sistema normativo vigente non permette la revoca dell'adozione;

d) la ricerca dei genitori biologici, in particolare della madre, da parte del figlio di ignoti, cioè non riconosciuto alla nascita, e successivamente adottato, volta al solo scopo di conoscerne l'identità, dato che l'adozione, com'è noto, è irrevocabile;

e) la ricerca del genitore biologico da parte del figlio concepito con gameti di una persona diversa da quella che per il figlio stesso e per la società appare come il padre.

Nel primo caso la ricerca ha dunque lo scopo di stabilire un legame giuridico; nel secondo caso invece quello di conoscere la verità biologica per orientarsi nella soluzione di un problema familiare; nei restanti casi, infine, ha solo lo scopo di sapere, restando aperta la possibilità, una volta saputo, di stabilire con i genitori d'origine un rapporto umano, ma *non* un rapporto giuridico.

3.

Inizio dalla prima situazione, indicata sopra al punto *a*. Il diritto italiano si colloca fra i diritti europei più avanzati nella tutela dei figli naturali: è stato uno dei primi a cancellare i tradizionali limiti alla ricerca della paternità e alla possibilità di accertarla in giudizio. Prevede infatti un'apposita azione, la *dichiarazione giudiziale di paternità naturale*, che è non soggetta a limiti volti a circoscriverla o a scoraggiarla, com'è stato per lungo tempo e come in alcuni paesi d'Europa è tuttora.

La regola oggi vigente è la seguente: il figlio ultrasedicenne e, se infrasedicenne, la madre che lo ha riconosciuto possono agire in giudizio in ogni tempo (dunque senza termini di prescrizione) per ottenere una sentenza che dichiari un certo uomo padre di quel figlio. Al centro del procedimento giudiziario vi è la *prova biologica*, cioè la prova sulla discendenza genetica realizzata ricorrendo ai marcatori genetici del DNA. Una recente sentenza della corte costituzionale, la n. 50 del 2006, ha cancellato un vero obbrobrio processuale che caratterizzava quest'azione: il codice civile prevedeva che dovesse essere articolata in due fasi: la prima fase, per l'ammissibilità dell'azione, era volta ad accertarne soltanto la non manifesta infondatezza, vale a dire ad accertare che al tempo del concepimento la madre e il preteso padre si conoscessero e fosse possibile che si fossero incontrati almeno una volta; accertato ciò con una sentenza, si poteva passare alla fase di merito, nella quale si potevano finalmente portare le prove vere e proprie della derivazione genetica, cioè più che altro la prova biologica. La prima sentenza, quella sull'ammissibilità, era impugnabile fino in cassazione e la fase di merito non poteva iniziare se prima non era passata in giudicato, cioè diventata definitiva e non più impugnabile. Il risultato era che, se il preteso padre si opponeva percorrendo tutti i possibili gradi di giudizio, chi agiva in giudizio per la dichiarazione giudiziale finiva con il dover affrontare ben 6 gradi di giudizio, 3 per l'ammissibilità e 3 per il merito. Vista la durata dei procedimenti giudiziari civili, ciò si traduceva in una grave lesione del diritto di difesa in giudizio, sancito dall'art. 24 della costituzione. Proprio per questo motivo la corte costituzionale ha dichiarato incostituzionale, e quindi cancellato dal nostro ordinamento la norma (art. 274 cod. civ.) che prevedeva la fase di ammissibilità: oggi chi agisce in giudizio può immediatamente portare le prove della discendenza genetica, mediante la prova biologica.

La sentenza che dichiara la paternità produce l'effetto di costituire il rapporto di filiazione naturale, come se fosse intervenuto il riconoscimento, con tutti i diritti successivi che vi sono connessi; può anche contenere la condanna del padre dichiarato tale a corrispondere per il futuro il mantenimento al figlio (purché per motivi di età abbia ancora il diritto di essere mantenuto) e a corrispondere alla madre, che lo ha mantenuto in passato, un'indennità corrispondente a quanto sarebbe stato suo obbligo pagare. Sottolineo che l'obbligo del padre deriva dal fatto stesso della discendenza genetica, sicché il contributo è dovuto a far tempo dal momento della nascita. È inoltre possibile che, dinanzi a comportamenti di rifiuto pervicace e ingiustificato del padre, questi sia anche condannato a risarcire con una somma di denaro il *danno esistenziale* subito dal figlio per il fatto essere cresciuto privo di un padre, con le conseguenze dannose sul piano affettivo, sociale ed economico che possono esserne derivate.

L'unico limite alla dichiarazione giudiziale è l'esistenza di uno stato di filiazione incompatibile, risultante dall'atto di nascita: la dichiarazione giudiziale non è quindi ammessa se il figlio ha lo stato di figlio legittimo o di figlio naturale, dunque se risulta figlio di un altro uomo dall'atto di nascita. In questi casi la dichiarazione giudiziale potrà essere chiesta solo dopo che sia stata accertata in giudizio la non veridicità dello stato risultante dall'atto di nascita. Le azioni in giudizio a tal fine sono il disconoscimento della paternità, per la filiazione legittima, e l'impugnazione del riconoscimento per falsità, per la filiazione naturale. Una volta accertato dal giudice che l'uomo indicato nell'atto di nascita non è il padre, può finalmente essere chiesta la dichiarazione giudiziale di paternità naturale.

La dichiarazione giudiziale non incontra neppure un limite che incontra invece il riconoscimento: il divieto di riconoscere i propri figli incestuosi. La corte costituzionale, con la sentenza n. 494 del 2002, ha infatti giudicato che tale limite costituisce una violazione del principio costituzionale secondo il quale i figli naturali hanno diritto a ogni tutela (art. 30 c. 3° cost.).

Il diritto italiano vigente si discosta molto dalla tradizione del diritto dei paesi europei in tema di ricerca della paternità e di costituzione giudiziale del rapporto di filiazione naturale. In passato, soprattutto nel XIX secolo e nella prima metà del XX, vigevano regole molto restrittive. Ricordo che il *code Napoléon* del 1804, il modello più imitato in Europa e in America Latina nel XIX secolo, non ammetteva la ricerca della paternità e l'azione per la dichiarazione giudiziale; ricordo inoltre che il codice civile italiano del 1865 e il testo originario, del 1942, del codice civile vigente ammettevano la ricerca della paternità e la conseguente azione per la dichiarazione giudiziale in modo estremamente limitato, solo in casi estremi, fra i quali i più importanti erano quello della notoria convivenza della coppia o quello della spontanea ammissione scritta del padre.

A partire all'incirca dagli anni '60 del XX secolo tutta l'Europa ha incominciato a muoversi in un'altra direzione: quella di ritenere che il principio di parità fra figli legittimi e figli naturali fosse un dato fondante del nostro diritto, della nostra cultura e dei nostri valori e quindi ha incominciato a orientare la legislazione in quel senso.

La dichiarazione giudiziale di paternità, come già detto, riguarda soltanto quei bambini che comunque hanno un genitore, cioè che sono stati riconosciuti dalla madre. Coloro i quali non sono stati riconosciuti da nessun genitore (figli di ignoti) devono essere dichiarati in stato di adottabilità immediatamente, con la conseguenza che sono dati in affidamento preadittivo in tempi assai brevi, al massimo entro qualche settimana: in questo caso, dunque, la questione dell'azione in giudizio contro il padre genetico non si pone.

4.

La situazione indicata sopra al punto *b* è regolata dalla legislazione sulla protezione dei dati personali, contenuta principalmente nel codice per la protezione dei dati personali (d. lgs. n. 196 del 2003).

I dati genetici sono dati condivisi fra più soggetti, fra i quali esiste un rapporto genetico: quindi i dati di ciascuno di noi sono condivisi quanto meno con i suoi ascendenti. La legge stabilisce, fra l'altro, che i dati condivisi non possono essere trattati (cioè raccolti, elaborati, comunicati ad altri) senza il consenso di tutti gli interessati. Tuttavia, secondo quanto più volte precisato dal Garante per la Privacy, il rifiuto di uno dei soggetti di comunicare i propri dati agli altri familiari genetici interessati non è ammesso qualora la richiesta di comunicazione abbia la finalità di tutela della salute: per esempio, in un caso deciso dal Garante una donna ha avuto riconosciuto il diritto di essere informata sui dati genetici del proprio padre, dato che ciò era stato considerato necessario dal medico per determinare quale rischio vi fosse di trasmettere una malattia geneticamente ereditaria a un proprio eventuale futuro figlio.

Se però la richiesta di comunicazione ha altre finalità, diverse dalla tutela della salute, il rifiuto non è superabile. Pertanto queste ricerche, svolte privatamente e non in sede di azione giudiziaria, non sono ammissibili senza il consenso di *tutti* gli interessati che condividono i dati genetici. La richiesta è invece ammissibile se ha luogo in sede giudiziaria, come per esempio in caso di azione per la dichiarazione giudiziale di paternità naturale o di disconoscimento della paternità, poiché è strumentale alla soddisfazione di un diritto soggettivo.

5.

Le situazioni indicate sopra ai punti *c* e *d* sono regolate dall'art. 28 della legge n. 184 del 1983 sull'adozione, più volte in seguito modificata. In particolare, proprio l'art. 28 è stato modificato e ha assunto il tenore attuale solo nel 2003. Queste due situazioni sono accomunate dalla finalità che muove il figlio: il desiderio di sapere, pur avendo chiaro il fatto che dal sapere potrà al più derivare la formazione di un rapporto di fatto con il genitore, ma mai la costituzione o la ricostituzione con lui di un rapporto giuridico familiare. Si differenziano invece per il particolare modo in cui nel secondo caso si atteggia l'interesse contrapposto a quello dell'adottato di sapere: l'anonimato del parto.

È necessaria una rapida premessa, che permetta di capire l'origine del segreto adottivo. Si tratta di una regola introdotta dal diritto dei paesi europei e nordamericani tra gli anni '20 e gli anni '60 del XX secolo. Coincide con il nuovo assetto che in quegli stessi anni è stato dato all'adozione: strumento di politica sociale per l'infanzia abbandonata o maltrattata, priva di una famiglia o appartenente a una famiglia negativa, distruttiva, che non sa dare al bambino il calore, l'affetto, l'attenzione, l'educazione di cui ha bisogno. Con l'adozione d'oggi il minore, in altre parole, viene quasi come *trapiantato* dalla sua famiglia d'origine, inadatta, a una famiglia capace di accoglierlo, che ne diventa a tutti gli effetti l'*unica vera famiglia*. Questo modello di legislazione in materia adottiva viene comunemente sintetizzato dicendo che l'adozione è un modo per dare una famiglia capace, stabile e definitiva al minore ne è privo e che quindi ne ha quindi bisogno; che non è, invece, un modo per dare un figlio a chi, pur desiderandolo, non lo ha. Certo, la disponibilità ad accogliere come figlio un minore estraneo è essenziale, ma è rigorosamente strumentale rispetto alla soddisfazione del bisogno del minore di avere una famiglia. Non è un caso se la legge italiana sull'adozione è intitolata al *diritto del minore a una famiglia*.

Per lunghi anni è stato un dogma indiscusso che il segreto sulle origini fosse indispensabile per garantire una buona riuscita dell'adozione, soprattutto per garantire che il rapporto adottivo non fosse turbato da comportamenti inopportuni della famiglia d'origine. La tipologia sociale di bambini che il legislatore aveva davanti a sé era costituita più che altro da bambini figli d'ignoti oppure "dimenticati" dai loro genitori, magari da molti anni, in un istituto per l'infanzia: l'adozione offriva loro la possibilità di uscire dall'istituto e di avere una vita familiare vera e propria.

Successivamente questo modello è entrato in crisi: soprattutto per il fatto che sempre meno erano gli adottati completamente privi di una famiglia che si occupasse di loro; mentre sempre più di frequente avevano una famiglia insufficiente, distruttiva, ma pur sempre esistente; una famiglia, quindi, con la quale avevano dei rapporti.

Oggi è dominante, soprattutto a livello di enunciazioni di principio e di documenti internazionali, l'idea secondo la quale quello di sapere sia un diritto fondamentale dell'individuo, che dev'essere soddisfatto. Resta, naturalmente, il problema del modo di conciliare gli interessi contrapposti: in particolare dell'interesse, anzi del vero e proprio diritto, dei genitori d'origine all'*oblio*, a essere dimenticati, a che un velo cada definitivamente sulla vicenda che ha portato all'adozione dei loro figli. Dinanzi a questo conflitto di interessi e di diritti – contrapposti – la legge deve trovare una mediazione ragionevole. Questo, per quanto riguarda il diritto italiano, è il significato dell'art. 28 della legge 184, introdotto nel 2001 e modificato nel 2003 dopo una discussione nella società civile lunga e accesa.

6.

Tutto ciò premesso, guardo al caso di cui al punto *c*. L'art. 28 suddetto stabilisce che l'adottato, una volta raggiunti i 25 anni di età, ha diritto di accedere ai dati riguardanti il suo abbandono e l'identità dei suoi genitori; in altre parole, ha diritto – se lo desidera – ad accedere al fascicolo processuale che contiene la storia della sua adozione. Tale diritto viene esercitato previa autorizzazione del tribunale per i minorenni, che non ha, a quanto parte, lo scopo di selezionare i casi ed eventualmente di imporre divieti (la legge infatti non prevede alcun motivo per il quale la richiesta possa essere rigettata); ha piuttosto lo scopo di accompagnare l'adottato nel cammino, spesso sconvolgente, di ricostruzione della sua vita prima dell'adozione, fino all'abbandono. L'accesso a questi dati è anche possibile prima del 25° compleanno, qualora ricorrano «gravi motivi», su richiesta dei genitori adottivi, se l'adottato è ancora minore, o su sua richiesta se invece ha un'età compresa fra i 18 e i 25 anni.

Il dato che emerge è che il diritto italiano ha assicurato una prevalenza assoluta al diritto dell'adottato di sapere rispetto al diritto dei genitori d'origine all'*oblio*. Il limite al diritto di sapere posto dalle regole dell'art. 28 si trova soprattutto nell'imposizione di un limite di età diverso dalla maggiore età: lo scopo non è quello di proteggere l'*oblio* dei genitori d'origine, quanto invece di proteggere il rapporto adottivo fino al tempo in cui si può ragionevolmente supporre che l'adottato abbia raggiunto una maturità sufficiente; maturità che certamente non ha raggiunto, nella società d'oggi, al 18° anno.

7.

Nel caso di cui al punto *d* il diritto italiano ha invece compiuto una valutazione degli interessi contrapposti diversa, dando la prevalenza al diritto all'*oblio*: in caso di parto anonimo, cioè al momento del quale la partoriente ha dichiarato di non voler essere nominata, l'accesso alle informazioni non è consentito.

La questione è oggetto di accesi dibattiti in Europa, con riguardo ai pochi paesi nei quali l'anonimato del parto è ammesso. Di recente la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto ammissibile il parto anonimo (caso Odièvre contro Francia), purché esistano modalità per rimuovere successivamente il segreto, qualora entrambe le parti interessate lo chiedano. L'Italia (a differenza della Francia) non soddisfa attualmente ai parametri indicati dalla Corte europea, sicché ritengo probabile che si dovrà andare verso una modifica legislativa sul punto, adottando magari un sistema simile a quello francese.

Mi preme però un'osservazione: da un lato noi assistiamo nel mondo della proclamazione dei diritti e delle corti internazionali al rafforzarsi della linea volta a potenziare il diritto alla conoscenza delle origini; ma dall'altro lato, contemporaneamente, assistiamo ai tentativi in corso in molti paesi europei, ove non è ammesso il parto anonimo, di trovare delle modalità che garantiscano, magari nelle maglie della legge, un qualche tipo di possibilità di partorire anonimamente, soprattutto per evitare parti in condizioni sanitarie inadeguate. Questi tentativi sono sostenuti con la voce – che certamente non ha la capacità di parlare forte e di farsi sentire – della donne sole e sofferenti che si trovano nella condizione tragica di scegliere di rinunciare al proprio figlio. Se si scende dall'astratto dei proclami sui diritti al concreto della vita quotidiana, credo che anche questa voce dovrebbe essere ascoltata, per trovare una soluzione di equilibrato compromesso fra principi e diritti contrapposti che devono convivere, avendo chiaro qual è l'insieme dei bisogni e delle concrete sofferenze degli esseri umani, anche di quelli che per ovvi motivi stanno soffrendo in silenzio.

8.

La situazione indicata sopra al punto *e* – infine – è regolata dal diritto solo in parte: la legge n. 40 del 2004, sulla procreazione medicalmente assistita, prevede che in caso di procreazione eterologa non sia ammessa la costituzione di alcun rapporto giuridico fra il figlio e il padre biologico che è stato un semplice datore di spermatozoi. Non stabilisce null'altro, né contiene un esplicito divieto di informare: si può comunque osservare che il fatto che si debba tener traccia della provenienza dei gameti impiegati sarebbe inutile se non potesse essere un mezzo per risalire al padre genetico, in caso di necessità di carattere sanitario. Ma dubito si possa andare oltre.

Leonardo Lenti
Professore Ordinario di Diritto Privato
Università degli Studi di Torino