

ACTUALIDAD JURÍDICA IBEROAMERICANA

Revista semestral del Instituto de Derecho Iberoamericano
Número 4.ter (extraordinario), julio de 2016



Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana
Edita: Instituto de Derecho Iberoamericano
Calle Luis García Berlanga, núm. 7, 1-15 Valencia, España.
46023.

Correo Electrónico:
info@idibe.com
Dirección web: www.idibe.com
Director General:
José Ramón de Verda y Beamonte
J.Ramon.de-Verda@uv.es

ISSN 2386-4567
© Derechos Reservados de los Autores

DIRECTOR

Dr. Dr. José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SUBDIRECTOR

Dr. Juan Antonio Tamayo Carmona
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SECRETARIO DE REDACCIÓN

D. Pedro Chaparro Matamoros
Becario de Investigación del Departamento de Derecho Civil, Universidad de
Valencia, España

COMITÉ CIENTÍFICO

Dr. Salvatore Aceto di Capriglia
Professore Associato di Diritto Comparato, Universidad de Nápoles Parthenope,
Italia

Dra. Esther Algarra Prats
Catedrática Acreditada de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Javier Barceló Domenech
Catedrático Acreditado de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Rafael Bellido Penadés
Catedrático Acreditado de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

Dr. Dr. Salvador Carrión Olmos
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Gabriele Carapezza Figlia
Professore Associato di Diritto Civile, Universidad de Salerno, Italia

Dra. Giovanna Chiappetta
Professore Ordinario di Diritto Civile, Universidad de Calabria, Italia

Dr. André Dias Pereira
Director del Centro Biomédico de la Universidad de Coimbra, Portugal

Dr. Andrea Federico
Professore Ordinario di Diritto Civile, Universidad de Salerno, Italia

Dr. Giampaolo Frezza
Professore Ordinario di Diritto Civile, Universidad Lumsa, Palermo, Italia

Dr. Pablo Girgado Perandonés
Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Tarragona, España

Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Cuyo,
Argentina

D. Cristián Lepin Molina
Profesor Auxiliar de Derecho Civil, Universidad de Chile

D. Fabricio Mantilla Espinosa
Catedrático de Contratos Civiles y Mercantiles, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. Fabricio Marinelli
Professore Ordinario di Diritto Civile, Universidad de L'Aquila, Italia

Dra. Graciela Medina
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Buenos
Aires, Argentina

Dr. Lorenzo Mezzasoma
Professore Ordinario di Diritto Civile, Universidad de Perugia, Italia

Dra. Mariel F. Molina de Juan
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Cuyo,
Argentina

Dr. Orlando Parada Vaca
Catedrático de Derecho, Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia

Dr. Giovanni Perlingieri
Professore Ordinario di Diritto Civile, Universidad de Nápoles II, Italia

Dra. María José Reyes López
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dra. Adela Serra Rodríguez
Catedrática Acreditada de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Francisco Ternera Barrios
Catedrático de Derecho Civil, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. David Vargas Aravena
Profesor de Derecho Civil, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Asunción Colás Turégano
Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España

D. Luis de las Heras Vives
Abogado. Vicepresidente del IDIBE.

Dr. Gorka Galicia Aizpurua
Profesor Titular de Derecho de Derecho Civil, Universidad del País Vasco, España

Dr. Emanuele Indracollo
Professore Associato di Diritto Civile, Universidad de Salerno, Italia

Dra. Aurora López Azcona
Profesora Titular Acreditada de Derecho de Derecho Civil, Universidad del País Vasco, España

Dra. Pilar Montés Rodríguez
Profesora Titular (Escuela Universitaria) de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

CONSEJO DE REDACCIÓN

Doña Belén Andrés Segovia
Becaria de Investigación del Departamento de Derecho Administrativo,
Universidad de Valencia, España

D. Rubén Barberá Beamonte
Abogado

Dr. Giovanni Berti de Marinis
Ricercatore di Diritto Civile, Universidad de Perugia, Italia

D. Francesc Cholvi Roig
Abogado

Doña Ana Elisabete Ferreira
Professora Investigadora na Faculdade de Direito, Universidad de Coimbra,
Portugal

D. Diego Eloy García García
Abogado

Dr. Fernando Hernández Guijarro
Profesor Asociado de Filosofía del Derecho, Universidad de Valencia, España

Dra. Anna Malomo
Ricercatore di Diritto Civile, Universidad de Salerno, Italia

Dr. Alfonso Ortega Giménez
Profesor Contratado de Derecho Internacional Privado, Universidad de Elche,
España

Dra. Sonia Rodríguez Llamas
Profesora Contratada Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Eduardo Taléns Visconti
Becario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Valencia,
España

Dr. Pietro Virdagamo
Ricercatore di Diritto Civile, Universidad de Salerno, Italia

Dra. Maria Inês Viana de Oliveira Martins
Professora Assistente na Faculdade de Direito, Universidad de Coimbra, Portugal

Doña Joana Vendrell Alfonso
Asesora comercial Oficina Comercial Helsinki
IVACE

AUTONOMÍA DE LA PERSONA Y RESPONSABILIDAD EN LA FAMILIA

Número extraordinario coordinado por los profesores Gabriele Carapezza Figlia y José Ramón de Verda y Beamonte.

Proyecto de investigación Mineco “DER2013-47577-r. Impacto social de las crisis familiares”

SUMARIO

[Prólogo](#) (Pp. 9 ~ 14)

GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA e JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE

[Autonomía progresiva de los hijos y responsabilidad parental en el código civil y comercial argentino.](#) (Pp. 15 ~ 33)

MARIEL F. MOLINA DE JUAN.

[Autodeterminazione e capacità di discernimento del minore: profili di diritto civile.](#) (Pp. 34 ~ 65)

GIOVANNI BERTI DE MARINIS.

[La adopción abierta en el Derecho Español.](#) (Pp. 66 ~ 93)

ELSA SABATER BAYLE.

[Interdizione giudiziale e legittimazione al ricorso: raffronti comparatistici e questioni ancora aperte.](#) (Pp. 94 ~ 122)

FLIPPO VIGLIONE.

[Aplicação no Brasil da Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência.](#) (Pp. 123 ~ 143)

NELSON ROSENVALD.

[Favor veritatis ed attribuzione dello *status filiationis*.](#) (Pp. 144 ~ 186)

GIOVANNA CHIAPPETTA.

[La regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze in Italia.](#) (Pp. 187 ~ 218)

MARIA CARMELA VENUTI.

[La responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares en España.](#) (Pp. 219 ~ 259)

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, Y PEDRO CHAPARRO MATAMOROS.

[Violación de los deberes conyugales y responsabilidad civil: la experiencia italiana.](#) (Pp. 260 ~ 283)

GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA.

[La responsabilidad por dolo en las relaciones familiares.](#) (Pp. 284 ~ 309)

JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH.

[De la responsabilidad civil de los terceros por su contribución al incumplimiento de los deberes conyugales.](#) (Pp. 310 ~ 341)

DAVID G. VARGAS ARAVENA.

PRÒLOGO

Il volume riunisce i contributi di studiosi appartenenti a diversi ordinamenti europei e latino-americani, allo scopo di offrire un quadro composito di alcune tra le principali problematiche che attraversano il diritto di famiglia contemporaneo.

Il confronto tra sistemi giuridici che, pur nelle reciproche differenze, fanno parte della famiglia di *civil law* e condividono le medesime radici culturali e storiche, si è svolto mediante una peculiare prospettiva interpretativa, che impiega categorie concettuali proprie del diritto comune, come l'*autonomia* e la *responsabilità civile*, per portare alla luce e analizzare criticamente le tendenze evolutive che, nell'attuale esperienza giuridica, segnano la disciplina dei rapporti familiari.

Si tratta di un approccio favorito dalla perdita dell'originario carattere municipale del diritto di famiglia, il quale – sebbene ancora modellato dalle tradizioni storiche e dalle identità culturali nazionali – appare sempre più segnato, nella *western legal tradition*, da comuni linee evolutive quali: il pluralismo dei modelli familiari, accentuato dalla diffusa giuridicizzazione delle unioni omosessuali e delle convivenze *more uxorio*; il passaggio da un'organizzazione della famiglia di tipo gerarchico a una di tipo comunitario; la crescente disponibilità delle situazioni soggettive familiari, non soltanto di natura patrimoniale; la perdita dell'originaria matrice sanzionatoria della separazione e del divorzio, ormai concepiti in termini rimediali; il mutamento della relazione genitori-figli, con la sostituzione alla patria potestà della responsabilità genitoriale; la progressiva (quando non completa) equiparazione tra filiazione legittima e naturale.

Le “convergenze” che, sul piano culturale, sociale ed economico, caratterizzano i Paesi europei hanno reso possibile un parallelo processo di armonizzazione giuridica, segnato – a tacere della moltiplicazione di Convenzioni internazionali dedicate a istituti giusfamiliari¹– dall'infiltrarsi del

¹ Tra questa si ricordano: Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989; Convenzione de L'Aja sul rimpatrio dei minori del 28 maggio 1970; Convenzione de L'Aja sulla legge regolatrice delle obbligazioni alimentari del 2 ottobre 1973; Convenzione di Lussemburgo sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento del 20 maggio 1980; Convenzione de L'Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori del 28 ottobre 1980; Convenzione de L'Aja sull'adozione internazionale del 29 maggio 1993; Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del minore del 25 gennaio 1996.

dialogo tra Corti interne e Corti sovranazionali e dal consolidamento del processo di integrazione comunitaria.

Innanzitutto, la collaborazione tra le Supreme giurisdizioni nazionali ed europee ha dato vita a un sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali dei membri delle comunità familiari, fortemente connotato dalla valorizzazione, quali principi generali delle “tradizioni costituzionali comuni” (art. 6, Tratt. Un. eur.): del pluralismo dei nuclei familiari; dell’eguaglianza e della pari dignità dei loro componenti; dell’accordo come regola di governo della famiglia e del superiore interesse del minore.

In secondo luogo, nel quadro normativo comunitario, la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea riconosce alcuni principi del diritto di famiglia comuni agli Stati membri – inclusi quelli ove la famiglia e il matrimonio non godono di formalizzazione costituzionale – annoverando il “rispetto della vita familiare” (art. 7), il “diritto di sposarsi” e il “diritto di costituire una famiglia” (art. 9) tra i diritti fondamentali, insuscettibili di essere limitati nel loro “contenuto essenziale” o con misure contrarie al principio di proporzionalità (art. 52). Pertanto, pur rispettando, secondo il tradizionale principio di nazionalità (art. 9, che rimanda la garanzia dei riferiti diritti alle “leggi nazionali”), le molteplici concezioni di famiglia e di matrimonio che risultano dalla “diversità culturale, religiosa e linguistica” dell’Unione (art. 22), il diritto comunitario ha avviato un processo di uniformazione delle legislazioni statali, anche mediante i sempre più numerosi interventi regolamentari che incidono su rapporti familiari prevalentemente di carattere transnazionale², alla luce dei principi di libertà di circolazione e soggiorno all’interno dell’Unione (artt. 20, comma 2, lett. *a* e 45, Tratt. funz. Un. eur.; 3, comma 2, Tratt. Un. eur.) e non discriminazione (artt. 14 CEDU; 21 Carta dir. fond. Un. eur.; 10, 18 e 19, Tratt. funz. Un. eur.)³.

² Si ricordano, tra gli altri, i regolamenti dell’Unione europea n. 2201/2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale; n. 4/2009, in materia di obbligazioni alimentari; n. 1259/2010, sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale; n. 650/2012, relativo alle successioni transfrontaliere; nonché le proposte di regolamento COM (2011) 126 def. e COM (2011) 127 def., relativi alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni, rispettivamente, in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e di effetti patrimoniali delle unioni registrate e la relativa Decisione (UE) 2016/954 del Consiglio, del 9 giugno 2016, che autorizza una cooperazione rafforzata in tali settori.

³ Inoltre, a livello primario, la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea riconosce ormai ampiamente la tutela di interessi di natura familiare, quali il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 7); il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia (art. 9); il diritto dei genitori di provvedere all’educazione e all’istruzione dei figli secondo le loro

L'attitudine dell'armonizzazione europea del diritto di famiglia (non a imporre, ma) ad accompagnare – come nella metafora dello “specchio del diritto” – le evoluzioni del tessuto sociale, emerge con chiarezza dall'elaborazione giurisprudenziale del diritto al rispetto della vita privata e familiare (artt. 8 CEDU e 7 Carta dir. fond. Un. eur.), che protegge, da ingerenze della pubblica autorità, l'intimità della persona nello svolgimento dei rapporti di natura familiare, focalizzandosi non tanto sulla famiglia quale istituzione portatrice di un interesse superiore, ma piuttosto sui diritti delle persone nella famiglia.

In questa prospettiva, costituisce uno degli apporti più significativi e originali del dialogo intessuto tra Corte di Strasburgo e giurisdizioni nazionali, la configurazione dell'esistenza di una “vita familiare” quale “questione di fatto” dipendente non da vincoli formali, ma “dalla realtà pratica di legami personali stretti”⁴. La protezione dell'effettività della vita familiare o, nei termini usati dalla Corte EDU, della “realtà concreta della relazione tra gli interessati”⁵, ha permesso alla giurisprudenza di dilatare l'obbligazione degli Stati fino alla promozione dello “sviluppo normale” di un ampio spettro di rapporti ricondotti, in via interpretativa, nel paradigma familiare⁶ e di

convinzioni (art. 14); i diritti del minore (art. 24); la garanzia della “protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale” (art. 33).

⁴ Il *leading case* può essere considerato CEDU, 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, § 31. Cfr., altresì, CEDU, Grande Chambre, 12 luglio 2001, *K. e T. c. Finlandia*, § 150; CEDU, 18 dicembre 1986, *Johnston c. Irlanda*, § 56.

⁵ In questi termini, CEDU, 26 giugno 2014, *Labassee c. Francia*, § 37; CEDU, 26 giugno 2014, *Menesson c. Francia*, § 45.

⁶ Esse includono: il legame tra un bambino nato da fecondazione assistita, la madre e il compagno transessuale di questa che dal momento della nascita si era comportato come un padre (CEDU, 22 aprile 1997, *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, §§ 36-37); quello tra un bambino e la madre adottiva quantunque l'adozione non fosse stata riconosciuta dal diritto interno (CEDU, 28 giugno 2007, *Wagner e altri c. Lussemburgo*, § 117); il legame tra i figli nati da maternità surrogata, il padre biologico e la moglie di questi (CEDU, 26 giugno 2014, *Labassee c. Francia*, § 37; CEDU, 26 giugno 2014, *Menesson c. Francia*, § 45, ove si sottolinea come i coniugi ricorrenti e le figlie nate da maternità surrogata “vivano insieme in un modo che non è in nulla distinguibile dalla “vita familiare” nella sua accezione abituale”).

Per converso, la Corte EDU ammette l'esistenza di una vita familiare tra genitori e figli (legittimi, naturali, adottivi), pur se non convivano o intrattengano contatti sporadici e instabili. La tutela offerta dall'art. 8 CEDU viene in tal modo estesa anche a relazioni ove un'effettiva e stabile comunione di vita, pur assente sia nel passato sia nel presente, sia *potenzialmente* in grado di svilupparsi nel futuro.

In particolare, sebbene l'espressione “vita familiare” presupponga normalmente la “coabitazione o legami di fatto sufficientemente stretti”, la Corte ha affermato che:

a) l'art. 8 è applicabile anche alle “relazioni nate da un matrimonio legale e non fittizio” ove una vita familiare in senso stretto non si sia ancora pienamente realizzata (CEDU, 28 maggio 1985, *Abdulaziz e altri c. Regno Unito*, § 62, relativo a un rifiuto opposto dalle autorità nazionali a consentire il ricongiungimento familiare);

estendere il controllo sull'effettività della tutela dei diritti dal piano sostanziale a quello procedurale, verificando il rispetto dei requisiti di equità, imparzialità e non arbitrarietà delle decisioni⁷.

L'armonizzazione europea del diritto di famiglia appare, dunque, come un fenomeno di integrazione fortemente connotato dall'orientamento alla tutela di situazioni soggettive individuali che, per di più, emergono da una realtà fattuale connotata da una moltiplicazione e diversificazione delle forme di organizzazione delle relazioni familiari, sì da accentuarsi l'inevitabile frammentarietà degli interventi giudiziali che, nell'applicare norme strutturate in forma di principio, sono comunque suscettibili di applicazione generalizzata, oltre lo Stato parte del giudizio.

Nel riferito processo di elaborazione di un diritto europeo della famiglia, l'intreccio con la tutela dei diritti fondamentali, la cittadinanza e le libertà di circolazione ha concorso ad attenuare la specialità del diritto di famiglia – dapprima connotato da venature pubblicistiche e ispirato a regole proprie volte a proteggere interessi di ordine superiore –, a vantaggio

b) il figlio naturale si inserisce automaticamente nella famiglia di entrambi i genitori per il fatto stesso della nascita, anche se a quell'epoca essi non vivevano più insieme e avevano posto fine alla loro relazione (CEDU, 26 maggio 1994, *Keegan c. Irlanda*, § 44; CEDU, Grande Chambre, 13 luglio 2000, *Elsholz c. Germania*, § 43. V., altresì, CEDU, dec., 29 giugno 1999, *Nylund c. Finlandia*, che, riguardo alla relazione tra un bambino e il padre naturale, afferma che l'art. 8 non protegge soltanto una "vita familiare" già stabilita, ma, quando le circostanze lo permettano, anche una "relazione che potrebbe svilupparsi". I fattori da prendere in considerazione includono "la natura della relazione tra i genitori naturali" e "l'interesse e l'attaccamento manifestato dal padre naturale per il bambino prima e dopo la nascita") e senza che abbia alcun rilievo l'esistenza di un rapporto di filiazione legalmente riconosciuto (CEDU, 21 dicembre 2010, *Chavdarov c. Bulgaria*, § 40; CEDU, 27 ottobre 1994, *Kroon e altri c. Pays-Bas*, § 31);

c) una "relazione derivante da una adozione legale e non fittizia" è riconducibile all'ambito applicativo dell'art. 8, anche se tra adottanti e adottato manchino del tutto rapporti *de facto*, precedenti o successivi all'adozione, ma sussistano in concreto numerosi presupposti dai quali desumere la probabilità di stabilire una vita familiare (CEDU, 22 giugno 2004, *Pini e altri c. Romania*, § 140 ss., la quale dà rilievo al fatto che la mancanza di contatti frequenti tra il minore e gli adottandi non era imputabile ad essi, che si erano attenuti alla procedura prevista dallo Stato di appartenenza del minore. In particolare, sebbene la scelta del minore era avvenuta sulla base di una semplice foto, gli adottandi "si erano sempre considerati e comportati come genitori del minore", apprendendo la lingua madre di quest'ultimo, inviandogli costantemente delle lettere e dei regali, visitandolo nell'unica occasione resa possibile dalle autorità. Si ricordi che, secondo la costante giurisprudenza di Strasburgo, sebbene il diritto di adottare non sia tra quelli garantiti dalla Convenzione, le relazioni adottive si considerano "della stessa natura delle relazioni familiari protette dall'art. 8 CEDU": CEDU, 3 maggio 2011, *Negrepontis-Gianninis c. Grecia*, § 55; CEDU, 28 giugno 2007, *Wagner e altri c. Lussemburgo*, § 121; Commissione CEDU, dec., 5 ottobre 1982, X c. *Francia*; Commissione CEDU, dec., 10 luglio 1975, X c. *Belgio*).

⁷ CEDU, 13 aprile 2009, *Todorova c. Italia*; CEDU, 1 agosto 2013, *Antoniyuk c. Russia*.

dell'applicazione di principi e regole del diritto comune, tra i quali occupano un posto di rilievo quelli del contratto e della responsabilità civile.

Pertanto, il processo di integrazione giuridica europea si manifesta sui piani, distinti ma collegati, delle fonti di produzione e della circolazione di un modello ispirato ai medesimi principi generali. Da una parte, infatti, il sistema delle fonti del diritto di famiglia si dischiude a quelle di diritto internazionale e comunitario, che si aggiungono ai consueti poli normativi rappresentati dalle Carte costituzionali, dai codici civili e dalle leggi speciali. Dall'altro, si consolida, nello spazio giuridico europeo, un comune paradigma che, nel rifiutare il riconoscimento di un interesse superiore della famiglia rispetto alla promozione della personalità dei suoi componenti, permette tanto la valorizzazione dell'autonomia negoziale come fonte privilegiata di disciplina delle relazioni familiari, quanto il superamento di ogni area di immunità rispetto alle tutele civili proprie del diritto comune.

La “parabola della “privatizzazione” del diritto di famiglia” e la sua “depatrimonializzazione” riconsegnano alle categorie concettuali dell'autonomia e della responsabilità una capacità ordinante rispetto agli interessi e ai rapporti familiari, finalmente restituiti a uno *ius civile* ispirato ai valori del personalismo e del solidarismo.

Il riconoscimento della famiglia come “società naturale” (art. 29 cost. it.) ove, in condizioni di eguaglianza, si realizzano i diritti fondamentali dei suoi componenti, dilata gli spazi riservati all'autonomia negoziale sul triplice versante de: *a)* l'organizzazione dei rapporti personali tra i *partners*, generalmente rimessa alla regola dell'accordo; *b)* la scelta del regime patrimoniale che, pur con regole ancora disomogenee a livello europeo, presiede a disciplinare tanto le modalità di contribuzione ai bisogni della famiglia quanto l'appartenza e la circolazione dei beni tra i membri della copia; *c)* lo scioglimento del vincolo, ove la tendenziale irrilevanza della colpa si accompagna a un *favor* diffuso verso forme consensuali di soluzione della crisi, che dischiudono nuove prospettive anche a figure di matrice nordamericana come gli accordi in vista del divorzio.

La riferita valorizzazione dei poteri di autonomia negoziale non si traduce, tuttavia, nell'automatica applicabilità di principi e regole di matrice patrimonialistica, quali quelle del diritto delle obbligazioni e dei contratti, in virtù della natura personale degli interessi familiari e della peculiare incidenza del principio solidaristico all'interno della comunità familiare. Rinvenire un fondamento assiologico dell'autonomia familiare diversificato rispetto a

quello dell'autonomia contrattuale richiede, invece, di conformare i poteri di controllo ordinamentale sulle vicende della famiglia alla verifica del rispetto dei diritti fondamentali dei suoi componenti, quale clausola di ordine pubblico costituzionale, che costituisce al contempo giustificazione e limite dell'autonomia familiare in una società pluralistica.

Sul versante della compatibilità tra responsabilità civile e interessi familiari, poi, la progressiva incidenza dei principi fondamentali di tutela della persona umana nei rapporti di diritto privato ha permesso di superare, in quasi tutti gli ordinamenti europei, gli ostacoli che si opponevano all'ammissibilità di una generale tutela risarcitoria contro il danno endofamiliare.

Tuttavia, la proiezione della responsabilità civile sul terreno delle relazioni familiari non ha fatto svanire le molteplici difficoltà ricostruttive di tale figura di illecito, che assume valenza esemplare rispetto a una linea di tendenza diretta a filtrare le ipotesi di risarcibilità del danno non patrimoniale. La tutela dei diritti dei membri della famiglia richiede, infatti, di essere temperata con l'incidenza della solidarietà che costituisce il fondamento dei doveri familiari, sì da evitare il proliferare della litigiosità giudiziaria intrafamiliare. In conclusione, anche l'ingresso della tutela risarcitoria nell'area del diritto di famiglia richiede di essere mediata dalla specificità della formazione sociale familiare, indissolubile in una serie atomistica di relazioni intersoggettive.

Palermo-Valencia, 16/07/2016

Gabriele Carapezza Figlia e José Ramón de Verda y Beamonte

AUTONOMÍA PROGRESIVA DE LOS HIJOS Y RESPONSABILIDAD PARENTAL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO

PROGRESSIVE AUTONOMY OF CHILDREN AND PARENTAL RESPONSIBILITIES IN THE CIVIL AND COMMERCIAL CODE OF ARGENTINA

DRA. MARIEL MOLINA DE JUAN
Profesora Titular de Derecho de familia.
Universidad Nacional de Cuyo (Argentina)
marielmolina@estudiojuan.com.ar

RESUMEN: Este artículo se centra en el estudio de las tensiones entre la autonomía progresiva de los hijos y la responsabilidad parental. Pretende demostrar que el Código Civil y Comercial argentino las resuelve de un modo coherente, pues estimula y respeta el tránsito del niño y adolescente hacia su independencia, al tiempo que reconoce el papel relevante de los padres para garantizar con plenitud la protección de sus derechos.

PALABRAS CLAVE: autonomía progresiva; niños y adolescentes; responsabilidad parental.

ABSTRACT: This paper focuses on the study of the tensions between the progressive autonomy of the child and parental responsibilities. It aims at demonstrating that the Civil and Commercial Code of Argentina resolves these tensions coherently since it encourages and respects the transition of the child and adolescent into his independence while it recognizes the relevant role of parents to guarantee the full protection of their rights.

KEY WORDS: progressive autonomy, child and adolescent, parental responsibilities.

FECHA DE ENTREGA: 12/03/2016/*FECHA DE ACEPTACIÓN:* 02/05/2016.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EL NIÑO Y ADOLESCENTE CON LUGAR PROPIO EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.- III. SOBRE EL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL.- IV TENSIONES ENTRE AUTONOMIA PERSONAL Y RESPONSABILIDAD PARENTAL. UNA REGLA INVERSAMENTE PROPORCIONAL.- 1. Padres adolescentes.- 2. Necesaria participación del hijo.- 3. La participación del hijo en el proceso judicial en que se ventilan cuestiones de su interés.- 4. Autonomía personal y derechos patrimoniales.- A) Ejercicio de un oficio, profesión o industria por el adolescente.- B) Contratos de escasa cuantía.- C) Administración de los bienes de los hijos.- D) Supresión del usufructo parental.- V. CONCLUSIONES PRELIMINARES.

I. INTRODUCCIÓN.

El Código Civil y Comercial argentino (en adelante CC y C), fiel exponente de la visión constitucional y humanista de un nuevo derecho privado, realiza modificaciones sustanciales en algunas de las instituciones de mayor trascendencia relativas a la persona humana y a las familias.

Con relación a la persona humana abandona el binarismo que definía a la capacidad en términos de oposición “capacidad–incapacidad”¹ y, fundado en los aportes de la bioética, reconoce diversas situaciones desde las que puede valorarse el ejercicio de los derechos, sea que se trate de un niño o adolescente en desarrollo, sea que se refiera a una persona con discapacidad o con alteraciones en su salud mental². Persigue el propósito de destacar la subjetividad humana y propiciar la autonomía personal, que no solo se visualiza como el punto culminante del proceso formativo, sino que, además, debe estar presente a lo largo de todo el recorrido hacia la vida adulta e independiente.

En cuanto al derecho de las familias, los cambios no son menos significativos. El CC y C sigue de cerca la transformación de la sociedad argentina, la progresiva democratización de las relaciones afectivas, los roles y funciones de los miembros de las familias y las nuevas formas de participación e interacción entre sus integrantes³. En este contexto, incorpora los paradigmas que moldean la consideración contemporánea de los niños y

¹ Conf. FERNÁNDEZ, S: “Comentario artículo 24 CC y C” en AAVV *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado* (dir. M. HERRERA, G. CAMELO y S. PICASSO), Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p. 69.

² Conf. arts. 31 a 50 CC y C.

³ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial argentino elaborados por la Comisión de Reformas (2012).

adolescentes expresada en numerosos instrumentos internacionales⁴.

El respeto por la autonomía de las personas en formación y el énfasis puesto en las funciones parentales son, pues, dos de los grandes pilares sobre los que se estructura el nuevo diseño normativo, que no están libres de tensiones entre sí. Este trabajo propone un breve estudio de la interacción entre ambas y de la forma en que la nueva ley argentina las resuelve.

II. EL NIÑO Y ADOLESCENTE CON LUGAR PROPIO EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.

La consideración legal de la infancia no es universal ni intemporal. Depende de la construcción social, política y cultural que cada comunidad elabora en un determinado tiempo histórico⁵.

En la Argentina de este Siglo, el derecho de la niñez y adolescencia concreta los mandatos de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN)⁶. Reconoce que, al igual que los adultos, los niños y adolescentes titularizan una serie de derechos por su condición de seres humanos. A esos derechos se suman otros, que detentan por ser personas en desarrollo⁷.

Por eso, el mandato fundamental del CC y C es el respeto por el interés superior del niño⁸. En tanto cuerpo normativo impregnado de principios

⁴ En especial la Convención de los Derechos del Niño. Ver también Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 19), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. VII), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 24).

⁵ Compulsar GIL DOMINGUEZ, A., FAMÁ, M. V. y HERRERA, M.: *Derecho constitucional de familia*, Ediar, Buenos Aires, 2006, t 1, p. 529.

⁶ La niñez y adolescencia integra uno de los grupos vulnerables que la Constitución Argentina manda proteger especialmente (art. 75 inc. 23)

⁷ Según la OC 17/2002 sobre condición jurídica y derechos humanos del niño “Los niños no deben ser considerados ‘objetos de protección segregativa’ sino sujetos de pleno derecho, deben recibir protección integral y gozar de todas los derechos que tienen las personas adultas, además de un grupo de derechos específicos que se les otorgan por la particularidad de que los niños se encuentran en desarrollo...”. Ver especialmente, voto concurrente CANÇADO TRINDADE, párr. 69.

⁸ Por ejemplo, el art. 639 CC y C referido a los principios generales de la responsabilidad parental comienza enumerando “el interés superior del niño”. En relación con la capacidad de ejercicio, el art. 26 CC y C indica que si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente (mayor de 13 años) debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico”. Para el discernimiento de la tutela, el art. 113 indica que “el juez debe: oír previamente al niño,

consagra, además, el derecho de todo niño y adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, el derecho a la coparentalidad, a la protección de su identidad, a la construcción de su autonomía, etc. Junto a estos principios troncales, ofrece un conjunto de reglas instrumentales que garantizan la tutela efectiva⁹ de los derechos implicados.

En lo que aquí interesa, la capacidad de las personas menores de edad¹⁰ se asienta en el principio constitucional-convencional de autonomía progresiva (arts. 3, 5, 12, CDN, OC 17/2002 Corte IDH)¹¹.

De este modo, no se encuentra encorsetada dentro de moldes rígidos; exige una valoración compleja de cada caso que se nutre de pautas que, en principio, funcionan como conceptos jurídicos indeterminados. La finalidad es doble. Por un lado, estimular el proceso formativo del niño y adolescente, por el otro, respetar la condición de sujeto de derechos y sus competencias en cada momento determinado. Es que la persona menor de edad no es una “tabula rasa” desde que nace hasta que alcanza la madurez cognitiva y psicológica, sino que debe transitar un proceso evolutivo en el cual ir construyendo su autonomía. Si no lo hace, no se lo estimula o se lo trata como un incapaz, ese camino será más difícil y el resultado probablemente incompleto. Por eso, el protagonismo de la persona menor de edad en las cuestiones de su interés debe incrementarse gradualmente y acomodarse en

niña o adolescente; tener en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez; decidir atendiendo primordialmente a su interés superior.”

⁹Conf. Art. 8.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (art. 75 inc. 22 CN) Ampliar en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: Aída; “Principios Procesales en el derecho de familia contemporáneo”, *Revista Derecho De Familia*, N° 51-2011- Setiembre (Informe presentado en la Comisión N° 3 sobre “Derecho Procesal de Familia” en el XXXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal realizado en la ciudad de Santa Fe 8-10/6/2011). Ver también KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. y MOLINA DE JUAN, M: “Principios generales del proceso de familia en el Código Civil y Comercial”, *Revista de derecho procesal*, 2015-2. Procesos de familia, Rubinzal–Culzoni, Santa Fe, 2015, pp. 35/81.

¹⁰ Para un análisis de los diferentes sistemas o modelos legales de capacidad de las personas menores de edad, puede compulsarse entre otros, FAMÁ, M: “Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial”, *Rev. La Ley* 20/10/2015, 20/10/2015, 1, Cita Online: AR/DOC/3698/2015. La autora ubica en los extremos, los sistemas que fijan límites rígidos de edad o la eliminan como pauta de reconocimiento de derechos. En el medio, sistemas mixtos con límites preestablecidos, aunque flexibles si se acredita la competencia para un determinado acto o modelos que combinan reglas flexibles con límites rigurosos etarios para ciertos actos en función de los derechos involucrados. En estos casos, son los adultos quienes deben demostrar que el niño no es competente para la toma de determinadas decisiones.

¹¹ El art. 5 CDN establece que “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

función de la decisión a tomar y del alcance y magnitud de sus consecuencias¹². La Corte IDH puso de resalto la enorme variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que los niños poseen. Destacó con razón que la capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años¹³. Dijo entonces que “el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, debe tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos”¹⁴.

En el nuevo régimen jurídico argentino, los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En este nuevo diseño, cobra relevancia el concepto de “competencia” que se adquiere gradualmente. Más que a la edad, la competencia está ligada a la madurez, el entendimiento, las condiciones de su desarrollo, el medio socio económico y cultural y el conflicto específico de que se trate¹⁵.

El reconocimiento de la autonomía progresiva de las personas en desarrollo atraviesa la legislación de fondo y se refleja en la posibilidad de toma de decisiones en relación con sus derechos (personalísimos y patrimoniales). También está recogida por numerosas reglas procesales.

Veamos la dinámica del sistema:

1º) Las personas menores de edad (que son aquellas que no alcanzaron los 18 años¹⁶) actúan a través de sus representantes legales. Sin embargo, si cuentan con “edad y grado de madurez suficiente pueden ejercer por sí los actos que les son permitidos por el ordenamiento jurídico” (art. 26 CC y C).

2º) La ley adopta “un sistema mixto” que conjuga: (i) reglas flexibles en las que no se establecen límites etarios y, (ii) reglas en las que sí se fija la edad

¹² KEMELMAJER DE CARLUCCI, A: “Dignidad y Autonomía Progresiva de los niños”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2010-3 *Derechos del Paciente*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, pp. 130/131.

¹³ KEMALMAJER DE CARLUCCI, A: “Estándares internacionales latinoamericanos en materia de infancia. Visión jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en AAVV, *Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes* en Fernández, S. (coord.), Abeledo Perrot. Bs. As. T 1. 2015, p. 131

¹⁴ Corte IDH *Mendoza y o/s vs. Rca. Argentina*, 14/05/2013. N° 143.

¹⁵ MIZRAHI, M.: “El interés superior del niño y su participación procesal”, en *Tratado de Derecho de Familia* (dir. A. KRASNOW), La Ley, Buenos Aires, t. I, 2015, p. 403. Ver también FERNÁNDEZ, S.: “Responsabilidad parental y autonomía progresiva”, en AA.VV.: *Tratado de derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, (coord. S. FERNÁNDEZ), Abeledo Perrot, Bs. As. T 1, 2015, p. 668.

¹⁶ Conf. art. 25 “Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años”.

para el ejercicio de ciertos derechos.

3º) En el primer caso, emplea la fórmula “grado de madurez suficiente” que actúa como un concepto jurídico indeterminado y debe ser analizado¹⁷ según el desarrollo de la persona desde una visión integral, que lo sitúe en su propio contexto y circunstancias. Aunque la edad es una pauta a tener en cuenta, no es la única ni funciona como un límite infranqueable. El respeto por la autonomía progresiva exige diferenciar las competencias entre niños o adolescentes de una misma edad, pero con distinto grado de madurez. Por otro lado, permite ponderar en cada caso esa autonomía según la naturaleza del acto o el derecho involucrado, de modo que un niño o adolescente podrá ejercer en forma autónoma ciertos actos -por ejemplo, comprar una golosina en un kiosco, hacer un mandado en el almacén del barrio- y, al mismo tiempo, no tener capacidad para obligarse mediante la contratación de un determinado servicio educativo ni disponer de un bien recibido por herencia o donación.

4º) En el segundo caso, el CC y C utiliza rangos de edad para el ejercicio de ciertos derechos. Se sirve de la categoría jurídica de adolescencia, que se ubica entre los 13 y 18 años (art. 25)¹⁸. El concepto de “adolescencia” no es nuevo; estaba incluido en diferentes normas nacionales¹⁹ aunque que sí sea novedoso el sentido jurídico con el cual se usa.

5º) Existen numerosos supuestos en los que a partir de los 13 años la ley presume la capacidad de la persona, aunque esta presunción admita prueba en contrario. En otras palabras, ser adolescente autoriza a presumir que se ha alcanzado una cierta madurez para tomar decisiones, ejercer determinados actos y comprender el sentido de su actuación²⁰. Antes de esa edad, para decidir de manera autónoma se debe demostrar que cuenta con un grado de madurez suficiente, que no se presume y por ende deberá acreditarse en cada caso.

¹⁷ La psicología evolutiva ofrece algunos lineamientos, de ahí la necesidad de recurrir a la interdisciplina. Sobre las teorías evolutivas ver FAMÁ, M.: “Capacidad progresiva”, cit., AR/DOC/3698/2015.

¹⁸ Ampliar en HIGHTON, E.: “Los jóvenes o adolescentes en el Código Civil y Comercial”, *Diario La Ley* 13/04/2015, 1, La Ley 2015-B, 901.

¹⁹ Por ejemplo, la Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, la Ley 26.529 de Derechos del Paciente (artículo 2º). También la Ley 26.743 de Identidad de Género (artículo 5) y la Ley 26.657 Nacional de Salud Mental (artículo 26)

²⁰ En forma paulatina, la nueva jurisprudencia recoge esta visión. Un tribunal de la provincia de Corrientes dispuso que un beneficio para la hija (llamado asignación universal por hijo) sea percibido y administrado por ella. Consideró esta solución como la más respetuosa de la personalidad de la adolescente y la que mejor se condice con su interés superior y su consideración como sujeto de derechos. (Juzgado de Primera Instancia de Corrientes, 03 de septiembre de 2015 www.juscorrientes.gov.ar)

La doctrina discute cuál es la regla, si la capacidad o la incapacidad. Es probable que esta disyuntiva sea un resabio de aquel viejo binarismo del sistema derogado que no termina de superarse y no permite visualizar la esencia de la nueva dinámica: La regla es la capacidad, siempre que los niños o adolescentes tengan “edad y grado de madurez suficiente” para la toma de decisiones en el caso concreto²¹.

III. SOBRE EL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL.

Una de las más significativas novedades del nuevo derecho familiar argentino es el cambio de paradigma en el ejercicio de la responsabilidad parental.

El nuevo texto sustituye la expresión “patria potestad” utilizada por la ley anterior, por la fórmula “responsabilidad parental” que revaloriza la concepción de los hijos como sujetos de derecho y pone el acento en “la función” de los progenitores como elemento central de la institución.

La terminología empleada refleja un cambio simbólico que destaca la responsabilidad y el deber de orientar al hijo hacia la autonomía²². Coherente con ello, el art. 646 CC y C enuncia como deberes y derechos de los progenitores: “considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo; respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos y prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos”.

Para despejar toda duda, el art. 639 CC y C fija los principios sobre los que se estructura la función parental: “...a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez”.

A ello se suma un reajuste sustancial en el ejercicio de la responsabilidad

²¹ El art. 23 CC y C indica: “Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial”. El art. 26 CC y C agrega: “La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico”.

²² MIZRAHI, M.: *Familia matrimonio y divorcio*, Astrea, Bs. As. 2006, p. 169.

parental cuando los padres no conviven²³. El CC y C recoge la noción de coparentalidad que responde a un sistema familiar en el que cada uno de sus miembros ejerce su rol sobre la base de la igualdad y el respeto recíproco, y persigue mantener las responsabilidades parentales en cabeza de ambos. Aunque ellos ya no vivan juntos, las funciones que cada uno desempeñaba durante la convivencia deben quedar a resguardo, de modo que la crisis de los padres tenga la menor incidencia posible en la vida de los hijos.

La regla es el ejercicio compartido, o sea, las principales funciones referidas a la vida de los hijos deben ser cumplidas por ambos, aunque se presume que los actos realizados por uno cuentan con el acuerdo del otro²⁴. Este sistema puede dejarse de lado si los padres lo deciden por razones de organización familiar o personal, o si el juez lo resuelve fundado en el interés del hijo. Sin embargo, aunque el ejercicio sea unilateral, algunos actos siempre requieren la conformidad de ambos progenitores (por ej. autorizarlo para contraer matrimonio, para salir de la república²⁵ o para el cambio de residencia permanente en el extranjero, administrar los bienes del hijo, etc.).

Más allá de que el ejercicio sea compartido, las tareas de cuidado del hijo pueden recaer en ambos progenitores o en uno solo. En el primer caso el cuidado puede ser alternado (el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de sus padres, según la organización y posibilidades de la familia) o indistinto (el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos asumen en conjunto las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado). Si existen desacuerdos entre los padres en relación al ejercicio de sus funciones, deben ser resueltos por el juez (conf. art. 642 CC C)²⁶.

²³ En posición favorable a la reforma, BIGLIARDI, K.: “Responsabilidad parental en el Código Civil y en el proyecto de Código Civil”, MJ-DOC-6111-AR | MJD6111. Pub. 14 diciembre 2012.

²⁴ El art. 641 CC y C fija las reglas. “El ejercicio de la responsabilidad parental corresponde: en caso de convivencia con ambos progenitores, a éstos. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con excepción de los supuestos contemplados en el artículo 645, o que medie expresa oposición; en caso de cese de la convivencia, divorcio o nulidad de matrimonio, a ambos progenitores. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con las excepciones del inciso anterior. Por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a sólo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades”.

²⁵ Cám. De Apel, en lo Civil y Comercial de Necochea (Buenos Aires) – Expte. 10273 R. I. 101 (S) - “H., A. W. c/H., C. R. I. s/Autorización” - 07/10/2015 Citar: elDial.com - AA92DC Publicado el 16/11/2015.

²⁶ Esta norma ofrece un conjunto de soluciones para los casos de conflicto judicial: “cualquiera de ellos puede acudir al juez competente, quien debe resolver por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los progenitores con intervención del Ministerio Público. Si los desacuerdos son reiterados o concurre cualquier otra causa que entorpece gravemente el ejercicio de la responsabilidad parental, el juez

IV. TENSIONES ENTRE AUTONOMÍA PERSONAL Y RESPONSABILIDAD PARENTAL. UNA REGLA INVERSAMENTE PROPORCIONAL.

La consideración del niño como sujeto de derechos, la democratización de las relaciones familiares y el reconocimiento de la autonomía progresiva, traen consigo una necesaria redefinición de las relaciones paterno-filiales.

Aunque padres e hijos siguen ocupando roles diferenciados, la interacción entre ellos debe ser reinterpretada en clave constitucional, cuestión que plantea complejos interrogantes: ¿cómo equilibrar las funciones parentales con la creciente autonomía de los hijos?, ¿cómo promover el protagonismo en las decisiones de las personas en formación sin descuidar los límites indispensables para su educación?, ¿cómo fomentar la independencia en aquellos casos de niños o adolescentes problemáticos? En otras palabras, ¿cómo promover la libertad de los hijos sin que el ejercicio de esa libertad se traduzca en una protección deficitaria o insuficiente de sus derechos?²⁷

Como premisa, el artículo 639 CC y C deja en claro que el ejercicio de la responsabilidad parental debe “respetar la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos”.

Cuando los niños son más pequeños y tienen menores competencias, la mayoría de las decisiones las toman los padres, aunque los hijos deben ser escuchados y participar de ellas de acuerdo con su etapa evolutiva y la naturaleza de la cuestión. A medida que crecen e ingresan en la adolescencia, aumenta su autonomía y por eso deben asumir un mayor protagonismo en las decisiones que los involucran. Correlativamente, se atenúa el poder de decisión de los padres, quienes pasan a cumplir funciones de apoyo, acompañamiento o complementariedad.

De este modo, la tensión entre autonomía y protección de derechos se resuelve en forma inversamente proporcional²⁸.

Los padres deben cuidar, proteger, educar a sus hijos y velar por sus propios intereses; por eso, siguen siendo los principales representantes (conf. art. 101 CC y C). Pero la función de “representación” no debe ser entendida en sentido tradicional (o sea, la sustitución de la voluntad del hijo y actuación en

puede atribuirlo total o parcialmente a uno de los progenitores, o distribuir entre ellos sus funciones, por un plazo que no puede exceder de dos años.”

²⁷ Ver HERRERA, M.: “Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar”, *Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014* (Noviembre), 39, AR/DOC/3846/2014.

²⁸ Ampliar en FAMÁ, M.: “Capacidad progresiva”, cit. AR/DOC/3698/2015.

su nombre e interés); este concepto resulta ahora insuficiente. A medida que los hijos crecen, el papel de representación de los padres se articula con la idea de “asistencia” en el ejercicio de los derechos, de modo que los progenitores deben prestar apoyo al niño o adolescente para que sea éste quien decida. En estos casos el hijo actúa por sí, pero necesita la conformidad o el asentimiento del adulto, quien evaluará si el acto es o no perjudicial para sus intereses.

Toda vez que exista conflicto entre unos y otros, el hijo puede defender su posición con el auxilio de defensa técnica especializada mediante la intervención del Ministerio Público (art. 103 CC y C) o el abogado del niño si correspondiere (art. 26 CC y C)²⁹.

Veamos cómo el CC y C resuelve algunas de estas tensiones:

1. Padres adolescentes.

El art. 644 del CC y C regula el régimen de los progenitores adolescentes de una forma coherente y equilibrada. Estén o no casados, ejercen la responsabilidad parental de sus hijos pudiendo decidir y realizar por sí mismos las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud. Sin embargo, las personas que a su vez ejercen la responsabilidad parental sobre aquel progenitor adolescente, pueden oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño, o intervenir cuando el adolescente omita realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo.

En los demás actos trascendentes para la vida del niño (como la decisión libre e informada de su adopción, intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, u otros actos que pueden lesionar gravemente sus derechos), la ley prevé un sistema de “codecisión o asistencia”, pues señala que el consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores, indicándose también que en caso de conflicto, interviene el juez³⁰.

2. Necesaria participación del hijo.

²⁹ Dice el texto legal: “En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada”.

³⁰ Para profundizar, HERRERA, M.: “Reciclando tensiones en derechos humanos niños, niñas y adolescentes: especialidad vs. “niñología” en AA.VV.: *Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes* (coord. S. FERNÁNDEZ), Abeledo Perrot, Bs. As. T 1. 2015, p.18. Ver también GONZÁLEZ DE VICEL, M.: en AA.VV.: *Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes* (coord. S. FERNÁNDEZ), Abeledo Perrot, Bs. As. T 1. 2015.

Diferentes normas imponen la participación del hijo en las decisiones vinculadas al ejercicio de la responsabilidad parental. Entre ellas:

1º) En todos los casos en que se requiere la intervención de ambos progenitores para la toma de decisiones (por ejemplo: autorizarlo para contraer matrimonio, para salir del país, para ingresar a comunidades religiosas o bien para la administración de los bienes de los hijos), también se exige el consentimiento expreso del hijo mayor de 13 años (art. 645 CC y C)³¹.

2º) En los supuestos excepcionales de cuidado personal unilateral, la opinión del hijo es una de las pautas legales a considerar para decidir judicialmente cuál de los padres debe asumir esa función, conforme lo manda el artículo 653 CC y C³².

3º) Sea cual sea la edad del hijo, los progenitores deben procurar su participación para la elaboración del plan de parentalidad que comprende las responsabilidades que cada uno asume, la distribución del tiempo que pasa con cada padre, el régimen de comunicación, las vacaciones, etc. (conf. art. 655 CC y C).

3. La participación del hijo en el proceso judicial en que se ventilan cuestiones de su interés.

El CC y C prevé diferentes formas de participación del niño o adolescente en los procesos judiciales en los que se ventilan cuestiones que lo involucran, o cuando existen conflictos entre el hijo y uno o ambos progenitores.

Puede intervenir en forma directa si cuenta con edad y grado de madurez para hacerlo, pero si no es capaz de comprender el contenido y sentido de los actos, lo hará en forma indirecta, a través de la figura de su representante legal³³; sin embargo, aún en estos casos, se les reserva un espacio de actuación propia. Es decir, ser “parte procesal” es una de las diversas formas de actuación del niño o adolescente en un proceso, pero no la única, pues su peculiar condición de persona en desarrollo impone al sistema jurídico

³¹ Compulsar un caso reciente en que el tribunal respeta la voluntad del adolescente en un pedido de autorización a permanecer en el extranjero (Cámara de Apelaciones de Necochea (Buenos Aires) – Expte. 10273 R. I. 101 (S) - “H., A. W. c/H., C. R. I. s/Autorización” - 07/10/2015 Citar: elDial.com - AA92DC, Publicado el 16/11/2015.)

³² El texto del art. 653 CC y C es claro: “En el supuesto excepcional en el que el cuidado personal del hijo deba ser unipersonal, el juez debe ponderar: la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro; la edad del hijo; la opinión del hijo; el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo. El otro progenitor tiene el derecho y el deber de colaboración con el conviviente”.

³³ MIZRAHI, M.: “El interés superior”, cit. p. 392.

habilitar y, en algunos casos, promover otras posibilidades de actuación.

En los casos en que la intervención es “indirecta”, cualquiera sea su edad, puede actuar ejerciendo su “derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta”. La edad y madurez inciden en la forma o las estrategias para la escucha, al tiempo que las competencias del niño o adolescente para ese caso concreto, condicionan la valoración que hace el magistrado de su opinión.

La intervención “directa” puede concretarse a través de un abogado de confianza que le brinde defensa técnica cuando exista oposición entre sus intereses y los de sus representantes (art. 26, 677 CC y C)³⁴. También puede realizarse a través del Ministerio Público (art. 103 CC y C)³⁵. A diferencia del derecho a ser oído, para que sea posible la actuación con abogado propio, la persona debe tener un cierto grado de madurez atento a la naturaleza de la relación entre el abogado y su cliente, en este caso, una persona menor de edad. Conforme las reglas antes explicadas, si se trata de un adolescente, su “edad y grado de madurez” se presume. En cambio, si es un niño, corresponderá al magistrado valorar en cada supuesto si cuenta con las condiciones necesarias para llevar adelante una participación autónoma³⁶.

4. Autonomía personal y derechos patrimoniales.

La trascendencia de las consecuencias de una decisión adoptada por el adolescente en el manejo de los asuntos patrimoniales condiciona significativamente su esfera de actuación. Por eso la ley contempla algunas limitaciones expresas. Por ejemplo, los adolescentes que contraen matrimonio (con autorización de los padres o dispensa judicial art. 404 CC y C) no pueden optar por el régimen patrimonial matrimonial de separación de bienes que los podría colocar en una situación de desprotección; tampoco pueden hacer donaciones prenupciales (art. 450).

Sin embargo, este tipo de cuestiones no pueden quedar totalmente al margen

³⁴ Para la participación autónoma con abogado, ver, Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires. Causa 118.781 “A., O.E. Incidente” 11/11/2015.

³⁵ La Suprema Corte de Buenos Aires resolvió la atribución de vivienda familiar solicitada por los niños, en pleno proceso de discusión sobre el ejercicio de la responsabilidad parental por sus padres (SCBA. C. 118.503 “S., D. contra D., M. N., Tenencia de hijos”, 7 de octubre de 2015.)

³⁶ Varias normas ejemplifican esta premisa: el art. 679 CC y C permite reclamar a los progenitores por sus propios intereses sin previa autorización judicial, si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, y asistencia letrada. Conforme el art. 677, esa autonomía y madurez se presume (con carácter *iuris tantum*) porque desde entonces puede intervenir en el juicio con abogado de manera autónoma.

del progresivo reconocimiento de la autonomía de los hijos³⁷. Por ello, aunque el campo de acción de los representantes legales siga siendo bastante amplio, la regla admite cada vez más excepciones al amparo este nuevo paradigma³⁸. Veamos algunos ejemplos:

A) Ejercicio de un oficio, profesión o industria por el adolescente.

1º) El hijo menor de 16 años requiere autorización de sus progenitores para ejercer oficio, profesión o industria; el adolescente celebra el contrato, los padres lo autorizan (art. 681 del CC y C). Si el ejercicio de la responsabilidad parental es compartido, se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, aunque esta presunción puede desvirtuarse por oposición expresa –que no requiere necesariamente judicialización- salvo desacuerdos reiterados (conf. art. 642 del CC y C).

2º) El artículo 681 CC y C no menciona una edad mínima para trabajar pero, conforme el art. 261 inc. c, debe interpretarse que los menores de 13 años están excluidos de estas contrataciones. Hay que tener en cuenta, además, lo dispuesto por las leyes laborales.

3º) Si el hijo tiene más de 16 años se presume la autorización de sus padres para todos los actos y contratos concernientes a su empleo, profesión o industria, salvo que ellos expresen su oposición. Esta regla se integra con el art. 30 CC y C que reconoce a la persona menor de edad que ha obtenido título habilitante, la facultad de ejercerlo por cuenta propia, sin necesidad de previa autorización. El hijo tiene la administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de su profesión y puede estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a ella. De este modo se forma una suerte de patrimonio de afectación, ya que esos bienes son los únicos comprometidos en la actividad y deudas contraídas³⁹.

4º) Como lógico correlato del reconocimiento de la autonomía progresiva de los hijos, los progenitores no pueden hacer contratos por servicios que deba prestar su hijo mayor de 16 años sin su consentimiento y el cumplimiento de los requisitos previstos en leyes especiales.

³⁷ BONZANO, M.: “Implicancias patrimoniales de la responsabilidad parental”, *Revista de Derecho de Familia* N° 60 2013, p 151 y ss.

³⁸ Conf. FERNÁNDEZ, S.: “La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial ¿cuánto de autonomía progresiva? Construyendo equilibrios”, *Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental* 20/05/2015, 181, LA LEY 2015-C, LL Online, AR/DOC/1304/2015. HERRERA sostiene que es un error diferenciar de manera genérica los actos que comprometen derechos personalísimos de aquellos de carácter o contenido patrimonial. (ampliar en HERRERA, M.: “Reciclado tensiones”, cit. p. 15.)

³⁹ HIGHTON, E.: “Los jóvenes”, cit. AR/DOC/1008/2015.

B) Contratos de escasa cuantía.

Con buen criterio, la nueva ley se ocupa de los llamados “actos de bolsillo” y plantea una solución acorde con la realidad cotidiana⁴⁰. La educación y formación integral de los hijos es una tarea que se concreta progresivamente. Desde pequeños, los niños realizan diferentes actos jurídicos, compran golosinas en el kiosco, van al mercado del barrio, adquieren útiles escolares en la librería, pagan el boleto del transporte público, etc.

Antes de la reforma existía una discusión sobre la validez o nulidad de esos pequeños contratos.

En el CC y C:

1º) Se reconoce la facultad de los hijos de celebrar por sí ciertos contratos cuando se trata de transacciones de escasa cuantía y pagados en efectivo relativos a la vida cotidiana, presumiéndose que son celebrados con la conformidad de los progenitor⁴¹(art. 684 CC y C).

2º) Los padres pueden oponerse, pero para que esa oposición produzca efectos debe ser oportuna, la realizada con posterioridad no invalidará el acto, ya que existe un deber de vigilancia sobre el menor por parte de los padres que se supone que se ejerce adecuadamente. Sin embargo, podrá invalidarse cuando el tercero conozca la oposición de los padres y no obstante ello celebre el contrato (mala fe del tercero) o el acto implique un abuso de derecho en evidente perjuicio del niño por parte del tercero⁴².

3º) La norma no estipula edad mínima, pues conforme las reglas del sistema explicado, no sería razonable exigirla.

4º) La regla también podría aplicarse a los contratos de escasa cuantía celebrados vía internet (compra de aplicaciones, video juegos, etc.). La solución sería útil dada la asiduidad de este tipo de contrataciones informáticas, aunque en estos casos, los pagos no se efectúen con dinero efectivo, sino mediante débitos en tarjetas de crédito.

C) Administración de los bienes de los hijos.

Los progenitores tienen el deber de representar y administrar el patrimonio

⁴⁰ HERRERA, M: “Reciclando tensiones, cit. p. 15.

⁴¹ Conf. fundamentos del Anteproyecto.

⁴² Conf. IGNACIO, G. CERRA, S.: “Comentario”, en AA.VV.: *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado – Tomo II*, Arts. 410 a 723 (dir. J. RIVERA y G. MEDINA), La Ley, Bs. As., 2014, p. 604.

de los hijos (art. 646, inc. f del CC y C). El mandato legal incluye todos los bienes excepto: a) los adquiridos por el hijo mediante trabajo, empleo, profesión o industria, que son administrados por éste, aunque conviva con sus progenitores; b) los heredados por el hijo por indignidad de sus progenitores; c) los adquiridos por herencia, legado o donación, cuando el donante o testador haya excluido expresamente la administración de los progenitores (Art. 686 CC y C.).

Se aplican las siguientes reglas:

1º) Se exige el consentimiento expreso de ambos progenitores (art. 645 CC y C), convivan o no convivan, ejerzan la responsabilidad parental en forma unilateral o compartida, sea el cuidado del hijo compartido o unipersonal.

2º) Los actos conservatorios, urgentes e ineludibles para mantener la integridad de los bienes pueden ser otorgados indistintamente por cualquiera de los progenitores.

3º) En todos estos casos, si uno de los progenitores no otorga su consentimiento o media imposibilidad para prestarlo y debe resolver el juez teniendo en miras el interés familiar (art. 645 del CC y C). Si los desacuerdos son graves o persistentes, cualquiera de los progenitores puede recurrir al juez para que designe a uno de ellos o, en su defecto, a un tercero idóneo para ejercer la función (art. 688 CC y C).

4º) Los padres tienen obligación de informar a los hijos que cuenten con edad y madurez, acerca de los contratos que en su nombre celebren con terceros, en los límites de su administración (art. 690 CC y C).

5º) Si el hijo es adolescente, además de la conformidad de ambos padres, se exige el consentimiento del propio hijo y, si existe conflicto, deberá resolverse judicialmente.

6º) En caso que los padres dispongan de los bienes del hijo deben obtener autorización judicial (art. 692 del CC y C). Los actos realizados sin autorización pueden ser declarados nulos si perjudican al hijo. El legitimado para solicitar la nulidad es el hijo, quien deberá acreditar el perjuicio que el acto le causa⁴³.

D) Supresión del usufructo parental.

El viejo Código Civil confería a los padres el derecho de uso y goce de todos

⁴³ Conf. IGNACIO, G. y CERRA, S.: “Comentario” cit., p 610.

los bienes de sus hijos menores de edad, quienes podían utilizar para sí el excedente de los frutos que producía aquel patrimonio una vez cumplidos sus derechos-deberes, que se imponían a título de cargas, sin tener que rendir cuentas⁴⁴. Esta figura provocó discusiones en la jurisprudencia⁴⁵ y fue criticada por la doctrina en tanto ignoraba la condición del hijo como sujeto de derechos y producía una franca disminución en su patrimonio al no incorporar a éste las rentas que lo componen⁴⁶.

El CC y C suprime el usufructo paterno-materno⁴⁷. Dice el texto de los fundamentos: “Se deroga la figura del usufructo paterno porque si los hijos son sujetos de derechos diferentes de sus padres, los frutos de sus bienes no deben ingresar al patrimonio de sus progenitores, sino que deben ser conservados y reservados para ellos”⁴⁸. Se aplican las siguientes reglas:

1º) “Las rentas de los bienes del hijo corresponden a éste. Los progenitores están obligados a preservarlas cuidando de que no se confundan con sus propios bienes” (art. 697 CC y C).

2º) La opinión del hijo acerca del destino que ha de darse a los frutos de sus bienes debe ser respetada en el marco de su autonomía progresiva y la consideración democrática de las relaciones familiares⁴⁹.

3º) Como excepción, el art. 698 CC y C faculta a los progenitores a utilizar las rentas de los bienes del hijo sin autorización judicial, pero con la obligación de rendir cuentas, cuando se trata de gastos de: (a) subsistencia y educación del hijo cuando los progenitores no pueden asumir la responsabilidad a su cargo por incapacidad o dificultad económica, (b) enfermedad del hijo y de la persona que haya instituido heredero al hijo y, (c) conservación del capital, devengado durante la minoridad del hijo.

V. CONCLUSIONES PRELIMINARES.

El Código Civil y Comercial argentino resuelve la tensión entre autonomía

⁴⁴ Cfr. FLEIGAS ORTIZ DE ROZAS A. y ROVEDA, E.: *Manual de derecho de familia*, LexisNexis, Bs. As., 2004, p. 435 y ss.

⁴⁵ En la Argentina existe una larga historia de litigios judiciales en torno de la naturaleza de los intereses compensatorios. Ver en especial CSJN 5/3/2002, LL 2002 D 687.

⁴⁶ LLOVERAS N. Y SALOMÓN M. J.: “La inconstitucionalidad del usufructo paterno-materno. Una mirada desde el Derecho Humanitario”, SJA 12/12/2007; JA 2007-IV-1117.

⁴⁷ Ampliar en CAVAGNARO, M. COLAZO, I.: “Las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho frente a la figura del usufructo paterno-materno” Ponencia, *Revista Derecho de Familia*, N° 59, 2013-273 y ss.

⁴⁸ Fundamentos del anteproyecto (2012).

⁴⁹ BONZANO, M. “Implicancias patrimoniales de la responsabilidad parental” *Revista de Derecho de Familia*, N° 60, 2013, p 151 y ss.

progresiva y responsabilidad parental de una forma coherente. Estimula y respeta el tránsito del hijo hacia su independencia, al tiempo que reconoce el papel relevante de los padres en su cuidado y las responsabilidades exigidas para garantizar la protección de sus derechos.

Los niños y adolescentes son personas en desarrollo. Está claro que el lugar que se les reconoce en la familia, en la sociedad y en el derecho, no significa permitirles un obrar ilimitado ni descontrolado. Las funciones parentales son, antes que nada, un compromiso con la sociedad, pues de ellas depende el futuro de nuestros hijos.

Ha sido un verdadero desafío construir un andamiaje equilibrado. Habrá que esperar algún tiempo para analizar si los destinatarios de las normas logran apoyarse en ellas para cumplir sus funciones y alcanzar sus objetivos.

BIBLIOGRAFÍA

BIGLIARDI, K.: “Responsabilidad parental en el Código Civil y en el proyecto de Código Civil”, MJ-DOC-6111-AR | MJD6111. Pub. 14 diciembre 2012.

BONZANO, M.: “Implicancias patrimoniales de la responsabilidad parental”, *Revista de Derecho de Familia*, N° 60, 2013.

CAVAGNARO, M. COLAZO, I.: “Las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho frente a la figura del usufructo paterno-materno”, Ponencia, *Revista Derecho de Familia*, N° 59, 2013.

FAMÁ, M.: “Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial”, Rev. *La Ley* 20/10/2015, 20/10/2015, 1, Cita Online: AR/DOC/3698/2015.

FERNÁNDEZ, S.: “Comentario artículo 24 CC y C”, en AA.VV.: *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (dir. M. HERRERA, G. CAMELO y S. PICASSO), Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.

FERNÁNDEZ, S.: “Responsabilidad parental y autonomía progresiva”, en AA.VV.: *Tratado de derechos de Niños, Niñas y Adolescentes* (coord. S. FERNÁNDEZ), Abeledo Perrot, Bs. As., T 1, 2015.

FERNÁNDEZ, S.: “La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial ¿cuánto de autonomía progresiva? Construyendo equilibrios”, Sup. *Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental* 20/05/2015, 181, LA LEY 2015-C, LL Online, AR/DOC/1304/2015.

FLEIGAS ORTIZ DE ROZAS, A. y ROVEDA, E.: *Manual de derecho de familia*, LexisNexis, Bs. As., 2004.

GIL DOMÍNGUEZ, A., FAMÁ, M. V. y HERRERA, M.: *Derecho constitucional de familia*, Ediar, Bs. As., 2006.

GONZÁLEZ DE VICEL, M.: “Ejercicio de la parentalidad por progenitores adolescentes”, en AA.VV.: *Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes* (coord. S. FERNÁNDEZ), Abeledo Perrot, Bs. As., T 1, 2015.

HERRERA, M.: “Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar”, *Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014* (Noviembre), 39, AR/DOC/3846/2014.

HERRERA, M.: “Reciclando tensiones en derechos humanos niños, niñas y adolescentes: especialidad vs. “niñología” en AA.VV.: *Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes* (coord. S. FERNÁNDEZ), Abeledo Perrot, Bs. As., T 1, 2015.

HIGHTON, E.: “Los jóvenes o adolescentes en el Código Civil y Comercial”, *Diario La Ley* 13/04/2015, 1, La Ley 2015-B, 901.

IGNACIO, G., CERRA, S.: “Comentario”, en AA.VV.: *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado – Tomo II* (dir. J. RIVERA, G. MEDINA), arts. 410 a 723, La Ley, Bs. As., 2014.

KEMALMAJER DE CARLUCCI, A.: “Principios Procesales en el derecho de familia contemporáneo”, *Revista Derecho de Familia*, N° 51, 2011.

KEMALMAJER DE CARLUCCI, A y MOLINA DE JUAN, M.: “Principios generales del proceso de familia en el Código Civil y Comercial”, *Revista de derecho procesal*, 2015-2. Procesos de familia, Rubinzal–Culzoni, Santa Fe. 2015.

KEMALMAJER DE CARLUCCI, A.: “Dignidad y Autonomía Progresiva de los niños”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2010-3, Derechos del Paciente, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011.

KEMALMAJER DE CARLUCCI, A.: “Estándares internacionales latinoamericanos en materia de infancia. Visión jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en AA.VV.: *Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes* (coord. S. FERNÁNDEZ), Abeledo Perrot, Bs. As., T 1, 2015.

LLOVERAS N. y SALOMÓN, M. J.: “La inconstitucionalidad del usufructo paterno-materno. Una mirada desde el Derecho Humanitario” SJA

12/12/2007; JA 2007-IV-1117.

MIZRAHI, M.: “El interés superior del niño y su participación procesal”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Familia* (dir. A. KRASNOW), La Ley, Buenos Aires, t. I, 2015.

AUTODETERMINAZIONE E CAPACITÀ DI DISCERNIMENTO
DEL MINORE: PROFILI DI DIRITTO CIVILE

*SELF-DETERMINATION AND CAPACITY OF DISCERNMENT OF THE CHILD:
PROFILES OF PRIVATE LAW*

DR. GIOVANNI BERTI DE MARINIS
Ricercatore di Diritto privato
Università degli Studi di Perugia
giovanni.bertidemarinis@unipg.it

RESUMEN: Lo scritto analizza le principali problematiche concernenti il livello di autonomia che l'ordinamento italiano riconosce ai minori sia sotto il profilo della responsabilità civile da fatto illecito, sia sotto il profilo dell'esercizio di atti di autonomia privata di natura patrimoniale. Lo scritto evidenzia la necessità di riconoscere maggiore autonomia ai minori al fine di agevolare un adeguato sviluppo della loro personalità.

PALABRAS CLAVE: minore età; capacità di discernimento; autonomia privata; responsabilità civile; sviluppo della personalità.

ABSTRACT: The paper analyses the main problems concerning the level of autonomy that Italian law grants to children both in terms of tort liability, both in terms of the exercise of acts of private autonomy. The paper highlights the need to accorded a higher to children in order to facilitate appropriate development of their personality.

KEY WORDS: underage; capacity of discernment; private autonomy; tort liability; personality development.

FECHA DE ENTREGA: 12/01/2016/FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/05/2016.

SUMARIO: I. L'ETÀ ED IL DIRITTO CIVILE: IL MINORE FRA CAPACITÀ DI AGIRE E CAPACITÀ DI DISCERNIMENTO. – II. IL FATTO ILLECITO COMMESSO DAL MINORE IMPUTABILE E RESPONSABILITÀ DEI GENITORI. – III. RESPONSABILITÀ DEL MINORE ED ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI. – IV. IL MINORE E GLI ATTI A CONTENUTO PATRIMONIALE: ASSENZA DI CAPACITÀ DI AGIRE E SUOI TEMPERAMENTI. – V. CONTRATTI CONCLUSI DAL MINORE E REGIME INVALIDANTE A PROTEZIONE DELLO STESSO. – VI. RAGGIRI DEL MINORE ED INAPPLICABILITÀ DELLA DISCIPLINA DI FAVORE. – VII. CONCLUSIONI: IL MINORE QUALE SOGGETTO ANCORA DA RESPONSABILIZZARE E DA VALORIZZARE.

I. L'ETÀ ED IL DIRITTO CIVILE: IL MINORE FRA CAPACITÀ DI AGIRE E CAPACITÀ DI DISCERNIMENTO.

L'età di un individuo ha sicuramente una forte rilevanza per il diritto. Dall'età di un soggetto la comune esperienza, prima ancora che l'ordinamento, desume dei dati dai quali si ricavano indicazioni circa la maturità di un individuo, le sue capacità di discernimento e di comprensione e la sua affidabilità non solo giuridica ma anche economica.

Che tali dati abbiano assunto una loro autonoma rilevanza all'interno del diritto civile è dunque qualcosa che non deve assolutamente stupire¹ ma che non può portare ad esimersi dal verificare se l'assetto che l'ordinamento ha articolato intorno all'età degli individui sia coerente con l'evoluzione del sistema e, quindi, se i suoi risultati siano apprezzabili e condivisibili.

In tale prospettiva, l'attenzione deve concentrarsi sulla posizione che viene riservata al minore di età all'interno dell'ordinamento italiano. Il sistema descritto dal codice civile, sembra essere stato articolato sulla presenza di una rigida dicotomia: da un lato la capacità giuridica – consistente nella capacità ad essere titolari situazioni giuridiche soggettive – e, dall'altro, la capacità di agire.

Mentre la prima si acquista con la nascita (art. 1 c.c.), la seconda richiede, di regola, il compimento del diciottesimo anno di età². La ragione di tale scelta

¹ RUPERTO, C.: "Età (dir. priv.)", in *Enc. dir.*, XVI, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 85 ss.

² Sulla tendenza degli ordinamenti a far dipendere la capacità di agire da età precise e preindividuate piuttosto che da un'analisi caso per caso dei singoli soggetti, FALZEA, A.: "Capacità (teoria generale)", in *Enc. dir.*, VI, Giuffrè, Milano, 1960, p. 40. Per analoghe considerazioni all'interno del sistema spagnolo, v. DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho civil de España*, II, *Derecho de la persona*, Parte primera, *La persona y su estado civil*, Civitas, Madrid, 1952, p. 150; PALOMAR BARÓ, A.: "Edad", in *Nueva enc. jur.*, VIII, Seix-Barral, Barcelona,

è, come pare evidente, nella trasposizione in regola giuridica del dato, già presente nella comune esperienza, che porta a ritenere che solo al raggiungimento di una certa età un soggetto sia sufficientemente maturo dal punto di vista psicofisico per effettuare autonomamente scelte che condizionano la propria esistenza. Il trascorrere del tempo determina l'acquisizione di esperienze, il superamento di ostacoli e di problemi, il raggiungimento di obiettivi che segnano indelebilmente l'evoluzione di un individuo e ne consolidano la personalità e la capacità di farsi autonomamente portavoce delle proprie esigenze.

Come detto, l'ordinamento italiano fissa convenzionalmente il periodo temporale all'interno del quale si considera sufficiente il bagaglio di conoscenze e di esperienze accumulate da un soggetto in diciotto anni dalla sua nascita³.

Vedendo tutto dal punto di vista opposto, l'individuo che ancora non ha raggiunto i diciotto anni di età, non ha accumulato quel grado di esperienza minima che lo rende soggetto capace di agire autonomamente nel mondo che lo circonda. Un soggetto che, quindi, merita un trattamento diversificato direttamente connesso alla propria età⁴.

Eppure si direbbe qualcosa di non vero se si affermasse che un soggetto, per il semplice fatto di non aver ancora vissuto un numero predeterminato di anni, non abbia accumulato esperienze tali da poterlo considerare maturo per effettuare scelte autonome e per subirne gli effetti. La maturità di un individuo, sicuramente connessa alla sua crescita fisica, riguarda piuttosto un aspetto psichico che, pur correndo parallelamente allo sviluppo fisico, non è detto che progredisca alla stessa velocità⁵.

L'ordinamento, quindi, si rifugia in una finzione che taglia a metà la vita di un individuo attribuendogli o negandogli facoltà sulla scorta di un presupposto -

1956, pp. 6 ss.; BERGOVITZ Y RODRIGUEZ-CANO, R.: *Derecho de la persona*, Bercal, Madrid, 1976, pp. 15 s.

³ Il raggiungimento della maggiore età è stato abbassato da 21 a 18 anni dalla l. 8 marzo 1975, n. 39. In generale, manifesta una certa ostilità verso la totale assenza di capacità in capo al minore di età, STANZIONE, P.: *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, ESI, Napoli, 1975, pp. 44.

⁴ Sui molteplici profili di debolezza che possono caratterizzare un soggetto, BUGETTI, M. N.: *Nuovi strumenti di tutela dei soggetti deboli tra famiglia e società*, Giuffrè, Milano, 2008, *passim*; STANZIONE, P.: "Costituzione, diritto civile e soggetti deboli", *Fam. dir.*, 2009, p. 305.

⁵ GANGI, C.: *Persone fisiche e persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 1948, pp. 82 s.; PIZZORUSSO, A.: *Delle persone fisiche*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1988, pp. 111 ss. In materia si veda TORTORICI PASTOR, C.: *Minore età e «handicaps» nel diritto civile spagnolo. Profili comparatistici con il sistema italiano*, ESI, Napoli, 1990, pp. 43 ss., la quale, proprio facendo leva sulla circostanza per cui la maturazione psichica di un individuo presuppone una crescita personale ed individuale, considera una scelta arbitraria la individuazione di limiti oggettivi ed universali.

per sua natura mutevole e soggettivo - che invece viene standardizzato e oggettivizzato per esigenze di certezza del diritto⁶. Da un dato attestante la sola crescita fisica (il compimento dei diciotto anni d'età) si ricava il dato relativo alla piena maturazione psichica. Una scelta che lega il minore di età ad una presunzione assoluta di immaturità psicofisica che determina la sua segregazione all'interno di una condizione giuridica che, di fatto, non permette allo stesso di esprimersi esternamente come persona⁷.

Al contrario, però, non pare secondario cercare di comprendere quanto questo sistema fortemente e rigidamente ancorato all'età degli individui, possa in realtà non risultare appropriato all'interno del sistema costituzionale che caratterizza il nostro attuale ordinamento.

Va infatti ribadito che, nonostante l'età, il minore è comunque un soggetto di diritto. Se la sua personalità si trova ancora in uno stato di formazione, non è detto che per ciò solo sia un individuo incosciente che compie atti insensati. Un dato è certo: la maturità di una persona è qualcosa che si acquista progressivamente⁸ e che, dunque, non può per sua natura individuarsi attraverso dati astratti ed universali che hanno quale conseguenza quella di comprimere ed uniformare gli individui senza permettere che emergano le particolarità di ognuno.

Tale impostazione deve quindi oggi fare i conti con l'attuale assetto costituzionale che pone al centro dell'ordinamento l'uomo ed il libero e pieno sviluppo della sua personalità⁹. A consacrarlo è lo stesso art. 2 cost. che rappresenta oggi il vero fulcro intorno al quale ruota il nostro Stato di diritto. Alla luce di tale principio è compito della Repubblica garantire ad ogni soggetto (e dunque anche al minore) la possibilità di esprimere le peculiarità che lo caratterizzano e che lo rendono diverso da chiunque altro¹⁰.

Se questa è la direzione presa dal nostro ordinamento per effetto della Costituzione del 1948, sembra chiaro che il sistema civilistico improntato

⁶ V., sul punto, RESCIGNO, P.: "Capacità di agire", in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, II, UTET, Torino, 1988, p. 211.

⁷ STANZIONE, P.: *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, cit., p. 299, dove afferma come non debba incorrersi nell'errore secondo cui il fatto di essere minori di età significhi avere valore inferiore rispetto agli adulti.

⁸ STANZIONE, P.: "Minori (Condizione giuridica dei)", in *Enc. dir.*, Ann. IV, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 725 s., il quale parla di un individuo che si fa persona.

⁹ PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3^a ed., ESI, Napoli, 2006, p. 434, il quale afferma: "Il principio di tutela della persona, quale supremo principio costituzionale, fonda la legittimità dell'ordinamento e la sovranità dello Stato".

¹⁰ Da tali considerazioni la dottrina appare pressoché unanime nel riconoscere la capacità del minore per quanto riguarda le manifestazioni della volontà incidenti su aspetti personali dello stesso. In tema, v. CINQUE, M.: *Il minore contraente*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 23 ss.

all'individuazione di limiti oggettivi ed universali in funzione dei quali verificare l'ammissibilità di una attività giuridica posta in essere da parte di un soggetto siano limiti sicuramente poco congeniali se l'obiettivo è quello di garantire all'individuo la possibilità di sviluppare la propria personalità coltivando i propri interessi¹¹.

A tal proposito, poca attenzione è stata riservata alla tematica dell'effettiva capacità di discernimento del soggetto minore quale caratteristica soggettiva che riguarda coloro i quali siano in grado di avere concreta consapevolezza delle proprie azioni e delle conseguenze che dalle stesse derivano¹². Un effettivo discernimento che, ovviamente, dovrebbe portare il soggetto a subire gli effetti positivi e negativi delle proprie scelte consapevolmente effettuate.

Si tratterebbe di una indagine che, lungi dal concretizzarsi nella neutra verifica della presenza di elementi oggettivi ed astratti che ne dovrebbero denotare la presenza, necessita di un'analisi specifica da svolgere caso per caso al fine di comprovare la reale maturità di discernimento del soggetto agente e, tramite queste, la rilevanza giuridica degli atti che compie¹³.

Ciò che sembra però dominare il panorama legislativo e giurisprudenziale è una certa diffidenza nei confronti dei minori che si pone a metà fra esigenze di protezione (a volte non necessarie) e apprensivo paternalismo che vuole i minori sempre relegati nel limbo di una comprensibile (ma non sempre effettiva) immaturità.

II. IL FATTO ILLECITO COMMESSO DAL MINORE IMPUTABILE E RESPONSABILITÀ DEI GENITORI.

Eppure il nostro ordinamento non sempre condiziona la rilevanza giuridica degli atti al fatto che a porli in essere sia un soggetto ormai maggiorenne. Come detto, infatti, con il raggiungimento della maggiore età si acquista la piena capacità di agire che però è necessaria, secondo il nostro ordinamento,

¹¹ Sul concetto di interesse del minore, DOGLIOTTI, M.: "L'interesse del minore nella separazione fra coniugi", *Dir. fam. pers.*, 1986, p. 1126; AUTORINO STANZIONE, G.: *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 195; DOGLIOTTI, M.: *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Giuffrè, Milano, 2007, p. 153.

¹² Tuttavia, sul punto, v. da ultimo STANZIONE, P.: "Minori (Condizione giuridica dei)", cit., p. 725 e, spec., pp. 728 ss.

¹³ TAFARO, L.: *L'età per l'attività*, ESI, Napoli, 2003, p. 58, dove, nonostante consideri l'individuazione di limiti di età dai quali far discendere la presenza o meno della capacità di agire, fa notare come tale scelta potrebbe rivelarsi espressione di mera uguaglianza formale e non sostanziale. In questo senso, tale a. afferma la necessità di lasciare al giudice un margine di discrezionalità nella valutazione della effettiva presenza di capacità anche in capo ad un minore.

solo per concludere validamente atti negoziali¹⁴. Questi, infatti, oltre alla volontarietà dell'atto, richiedono anche la consapevolezza degli effetti giuridici che da quell'atto scaturiscono e la volontà di produrli.

Vi sono quindi ambiti all'interno dei quali è lo stesso legislatore a considerare efficaci atti giuridici anche se posti in essere da un soggetto minore d'età.

È quanto si desume dall'art. 2046 c.c. che, in tema di responsabilità civile da fatto illecito, afferma che potrà essere chiamato a rispondere civilmente di un danno il soggetto che sia anche solo capace di intendere e di volere. Il sistema della responsabilità civile, quindi, svincola il sorgere di una obbligazione risarcitoria, dal fatto che colui il quale pone in essere la condotta che causa il danno sia un soggetto munito della capacità di agire.

Il minore, quindi, sicuramente soggetto privo della capacità di disporre liberamente dei propri beni, ove ponga in essere una condotta illecita e sia capace di intendere e di volere risulterà imputabile¹⁵ e, in quanto tale, potrà essere chiamato autonomamente a risarcire il danno causato a terzi¹⁶.

La struttura dell'illecito civile, quindi, sembra manifestare una certa indifferenza circa l'età del danneggiante per ancorare la possibilità di muovere un rimprovero nei confronti del soggetto agente alla sussistenza di una effettiva e concreta capacità di discernimento che, ove presente in capo al minore, legittimerà l'ordinamento a far ricadere i costi del danno proprio su quest'ultimo¹⁷.

La funzione della responsabilità civile è, infatti, quella di individuare i soggetti sui quali risulta opportuno allocare l'onere di risarcire un determinato danno risultando evidente che nelle circostanze nelle quali colui che ponga in essere la condotta illecita lo faccia consapevolmente e sia cosciente degli effetti della stessa, sarà tale ultimo soggetto colui che merita di sopportare i costi del risarcimento.

¹⁴ Sui profili della capacità del minore a concludere contratti, v. *infra*.

¹⁵ Il requisito dell'imputabilità richiesto dall'art. 2046 c.c., dunque, dovrà essere oggetto di specifico accertamento giudiziale volto a verificare se il soggetto era in grado di comprendere le conseguenze della propria condotta. Sul punto v. CIAN, G.: *Antigiuridicità e colpevolezza: saggio per una teoria dell'illecito civile*, Cedam, Padova, 1966, 336; MALOMO, A.: "Art. 2046", in AA. VV.: *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di G. PERLINGIERI), III ed., ESI, Napoli, 2010, p. 2632.

¹⁶ CIMMINO, M.: "Autodeterminazione del minore e responsabilità civile", *Fam. dir.*, 2012, pp. 143 ss.

¹⁷ Diversamente stanno le cose nel caso in cui colui che produce un danno non sia imputabile. In tali circostanze è l'art. 2047 c.c. che individua gli unici soggetti chiamati a risarcire il danno nei soggetti che sono tenuti alla sorveglianza dello stesso. Su tale profilo BELLI, G.: "Sorveglianza degli incapaci e responsabilità del custode", *Resp. civ.*, 2011, pp. 848 ss.; ID., "Minori, capacità di discernimento ed esercizio della sorveglianza da parte degli insegnanti", *Fam. pers. succ.*, 2012, pp. 816 ss.

Tuttavia, esigenze pratiche hanno spinto il legislatore ad affiancare alla responsabilità diretta del minore, quella dei genitori per il fatto illecito commesso dal figlio minore che sia capace di intendere e di volere creando una doppia responsabilità: da un lato il minore risponderà ai sensi della clausola generale di cui all'art. 2043 c.c. e, dall'altro, i genitori potranno essere chiamati a risarcire il danno ai sensi dell'art. 2048 c.c.

Tali due responsabilità, pur essendo autonome¹⁸, sono accomunate dal fatto di essere generate da un unico danno del quale potranno rispondere in solido tanto il minore (per violazione del principio del *neminem laedere*), quanto i genitori per aver contravvenuto ai propri obblighi di educazione e vigilanza imposti dall'art. 147 c.c.¹⁹ e dell'art. 30 cost.²⁰. Ed infatti, nonostante l'art. 2048 c.c. preveda come prova liberatoria per i genitori la dimostrazione di non aver potuto impedire il fatto, una interpretazione ormai consolidata afferma che tale prova si concretizzi nella materiale dimostrazione dell'assenza tanto di una *culpa in vigilando*, quanto di una *culpa in educando*²¹.

Appare però evidente come proprio la responsabilità del minore si ponga quale materiale presupposto per l'eventuale applicabilità della seconda. È

¹⁸ COCUCCIO, M.: "Sulla responsabilità civile dei genitori per il fatto illecito commesso dal minore", *Giust. civ.*, 2010, pp. 965 ss.

¹⁹ Su cui, BELLISARIO, E.: "Art. 147", in AA. VV.: *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di G. PERLINGIERI), cit., pp. 652 ss., ove specifica come la disposizione, nonostante faccia discendere i detti oneri dal matrimonio, deve necessariamente essere interpretata nel senso che l'obbligo di provvedere al mantenimento, istruzione ed educazione della prole discenda direttamente dalla filiazione e non dalla condizione di figlio legittimo.

²⁰ Sulla rilevanza di tale disposizione, SALERNO, G. M.: "Art. 30", in AA. VV.: *Commentario breve alla costituzione* (a cura di V. CRISAFULLI e L. PALADIN), Cedam, Padova, 1990, pp. 221 ss.; PERLINGIERI, P. e PISACANE, P.: "Art. 30", in P. PERLINGIERI: *Commento alla costituzione italiana*, II ed., ESI, Napoli, 2001, pp. 191 ss.; LAMARQUE, E.: "Art. 30", in AA. VV.: *Commentario alla costituzione* (a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI), UTET, Torino, 2006, pp. 622 ss.

²¹ MAJELLO, U.: "Responsabilità dei genitori per il fatto illecito del figlio minore e valutazione del comportamento del danneggiato ai fini della determinazione del contenuto della prova liberatoria", *Dir. giur.*, 1960, p. 45; RODOTÀ, S.: *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 156 ss.; BESSONE, M.: "Fatto illecito del minore e regime della responsabilità per mancata sorveglianza", *Dir. fam.*, 1982, p. 1011; DE CRISTOFARO, G.: "La responsabilità dei genitori per il danno cagionato a terzi dal minore", in *Trattato di diritto di famiglia* (a cura di P. ZATTI), II, Giuffrè, Milano, 2002, p. 1235; VISENTINI, G.: *Trattato breve della responsabilità civile*, 3^a ed., Cedam, Padova, 2005, p. 729; QUARTICELLI, P.: "La prova liberatoria dei genitori responsabili per culpa in educando ed in vigilando del fatto illecito compiuto dal figlio minore imputabile ex art. 2048 cod. civ.", *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 990; CAMPIONE, R.: "Il fatto illecito del minore capace", in AA. VV.: *Le responsabilità nelle relazioni familiari* (a cura di M. SESTA), UTET, Torino, 2008, p. 635; MENGA, C.: "Il labile confine tra culpa in vigilando e culpa in educando", *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 2295; MANTOVANI, M.: "Art. 2048", in AA. VV.: *Dei fatti illeciti* (a cura di U. CARNEVALI), in *Commentario del codice civile* (a cura di E. GABRIELLI), UTET, Torino, 2012, pp. 120 ss.

proprio in funzione dell'illecito del minore che si produce un danno risarcibile che potrà essere “scaricato” sui genitori di quest'ultimo solo ove agli stessi siano rimproverabili carenze dal punto di vista educativo e della vigilanza²².

Proprio tale evidenza, nonostante una parte minoritaria della dottrina abbia qualificato l'art. 2048 c.c. quale una responsabilità indiretta per fatto altrui²³, l'orientamento maggioritario propende per qualificare quella dei genitori come una responsabilità diretta per fatto colposo degli stessi²⁴ resisi inadempienti circa i propri doveri genitoriali²⁵.

Tale impostazione, come pare evidente, proietta la responsabilità dei genitori nel quadro di una responsabilità per colpa presunta²⁶ che, dunque, non è detto che porti gli stessi a dover necessariamente indennizzare i pregiudizi causati dal figlio minore ma che, più correttamente, chiama i genitori ad affrontare tale sforzo economico solo ove risultino effettivamente colpevoli per la cattiva educazione o cattiva vigilanza del figlio capace di intendere e di volere. Una responsabilità che se da un lato si discosta dallo schema generale dell'illecito dal momento che prevede una presunzione di colpa, dall'altro non ha quale finalità quella di individuare nei genitori dei garanti economici per i danni eventualmente cagionati dal figlio in funzione dell'esigenza di

²² Da ult., su tali profili, MANTOVANI, M.: “Art. 2048”, cit., pp. 98 ss.

²³ In questo senso, fra gli altri, TRABUCCHI, A.: “Sulla prova liberatoria della presunzione di colpa esimente dalla responsabilità indiretta del genitore”, *Giur. it.*, 1953, pp. 283 ss.; SCOGNAMIGLIO, R.: “Responsabilità per fatto altrui”, in *Noviss. Dig. it.*, XV, UTET, Torino, 1968, p. 649; ID., *Responsabilità civile e danno*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 164. Particolare la ricostruzione in termini di responsabilità indiretta fornita da MAJELLO, U.: “Responsabilità dei genitori per il fatto illecito del figlio minore e valutazione del comportamento del danneggiato ai fini della determinazione del contenuto della prova liberatoria”, cit., pp. 45 ss., il quale qualifica quella prevista dall'art. 2048 c.c. quale una responsabilità indiretta per fatto proprio poiché la condotta omissiva del genitore si pone in un rapporto di causalità solo mediato rispetto al danno che, invece, è causa diretta dell'azione o omissione del minore.

²⁴ POGLIANI, M.: *Responsabilità e risarcimento da illecito civile*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1969, pp. 130 ss.; BONVICINI, E.: *La responsabilità civile*, I, Giuffrè, Milano, 1971, p. 473; SCIONTI, R.: “Sulla responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c.”, *Dir. fam.*, 1978, p. 1414; FORCHIELLI, P.: *Responsabilità civile*, Cedam, Padova, 1983, p. 48 ss.; CORSARO, L.: “Funzione e ragioni della responsabilità del genitore per il fatto illecito del figlio minore”, *Giur. it.*, 1988, IV, p. 228; COMPORTI, M.: *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, in *Cod. civ. Commentario* Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2002, p. 220; SELLA, M.: *La responsabilità civile nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, II, Giuffrè, Milano, 2007, p. 1081; ALPA, G.: *La responsabilità civile. Parte generale*, UTET, Torino, 2010, p. 712; MALOMO, A.: “Art. 2048”, in AA. VV.: *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di G. PERLINGIERI), cit., p. 2636.

²⁵ MICCIO, R.: *Dei singoli contratti e delle altre fonti delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ.* Utet, UTET, Torino, 1966, p. 805, il quale parla di una responsabilità diretta e di natura omissiva per non aver correttamente e pienamente espletato i doveri connessi al ruolo genitoriale.

²⁶ DE CUPIS, A.: *Dei fatti illeciti*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1971, p. 59 ss.; CASSANO, G.: *Capire la responsabilità civile*, UTET, Torino, 2007, p. 173.

assicurare al danneggiato la possibilità di rivalersi su un soggetto maggiormente solvibile²⁷.

I genitori, per tal via, dovranno essere considerati esenti da responsabilità in tutte le circostanze nelle quali riescano a dimostrare la propria assenza di colpa *in educando* o *in vigilando* in relazione alla condotta illecita del minore²⁸.

Nonostante ciò, però, va segnalato come su indicazione di una parte della dottrina²⁹, la giurisprudenza sembra attestarsi su posizioni distinte e tali da ricondurre di fatto la responsabilità *ex art. 2048 c.c.* ad un'ipotesi di responsabilità oggettiva dal momento che, pur continuando formalmente a valorizzare i profili della *culpa in educando* o *in vigilando*, escludono qualunque indagine circa la sussistenza della stessa che viene semplicemente dedotta dalla mera circostanza che il minore abbia tenuto una condotta illecita e, per questo, rimproverabile³⁰.

²⁷ In questo senso, MICCIO, R.: *Dei singoli contratti e delle altre fonti delle obbligazioni*, cit., p. 805, ove afferma: «non si tratta pertanto di responsabilità sussidiaria o fideiussoria, ma di responsabilità diretta per non aver impedito il fatto illecito commesso dal minore». Ritiene al contrario che la finalità del 2048 c.c. sia quella di garantire il risarcimento al terzo danneggiato e, pertanto, propende per qualificare la fattispecie in parola come oggettiva per fatto altrui, ANNUNZIATA, G.: *Responsabilità civile e risarcibilità del danno*, Cedam, Padova, 2010, p. 321, il quale afferma che «nella fattispecie disciplinata dall'art. 2048 c.c., così come in tutte le fattispecie di responsabilità per fatto altrui, il soggetto chiamato a rispondere funziona come una sorta di garante legale per le eventuali conseguenze dannose di comportamenti altrui, giacché in queste ipotesi la rilevanza dell'elemento soggettivo finisce per scomparire».

²⁸ In questo senso, COMPORI, M.: *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, cit., p. 220, il quale espressamente afferma che il genitore «può liberarsi con la prova dell'assenza di colpa, relativa al proprio personale comportamento, cioè dando la dimostrazione di non aver potuto impedire il fatto». In giurisprudenza, in questo senso, Cass., 9 ottobre 1997, n. 9815, in *Studium iuris*, 1998, p. 426; Trib. Roma, 12 febbraio 2009, in *De jure on line*; Trib. Milano, 9 aprile 2009, *ivi*.

²⁹ PARDOLESI, R.: «Danni cagionati dai minori: pagano sempre i genitori?», *Fam. dir.*, 1997, p. 225; ID., «Genitori e illecito dei minori: una responsabilità da risultato?», *Danno resp.*, 2010, pp. 368 ss.; MONATERI, P.G.: *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile* (a cura di R. SACCO), UTET, Torino, 1998, pp. 945 ss.; ID., *Illecito e responsabilità civile*, II, in *Trattato di diritto privato* (a cura di M. BESSONE), X, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 17 ss.; FACCI, G.: «La responsabilità dei genitori in caso di incidente stradale del figlio minore: per colpa od oggettiva?», *Fam. dir.*, 2006, p. 140. In merito a tali orientamenti, v. CARBONE, E.: «La responsabilità aquiliana del genitore tra rischio tipico e colpa fittizia», *Riv. dir. civ.*, 2008, II, pp. 1 ss.

³⁰ V., in questo senso, MONATERI, P.G.: *Illecito e responsabilità civile*, cit., pp. 17 ss., ove, proprio sulla scorta degli orientamenti giurisprudenziali riportati dallo stesso A., viene desunta la natura oggettiva della disposizione. Secondo lo stesso A., quella in parola dovrebbe essere qualificata come «una responsabilità oggettiva per rischio tipico, giacché i genitori sono nella situazione più idonea a prevenire l'atto illecito dei figli conviventi». Sul punto, v. pure VARDI, N.: «Responsabilità dei genitori *ex art. 2048 c.c.*: la conferma di una sempre difficile prova liberatoria», *Resp. civ.*, 2007, pp. 514 ss.; ARNONE, G.M.D.: «Responsabilità civile dei genitori per fatto illecito del figlio quasi maggiorenne», *Danno*

Tale impostazione, che può non sembrare eccessiva nelle ipotesi di condotte del minore che siano particolarmente riprovevoli³¹, viene però estremizzata dalla giurisprudenza la quale intende qualunque tipologia di condotta del minore che si discosti da un astratto canone di perfezione quale indice di una non meglio precisata carenza educativa o di vigilanza rimproverabile ai genitori³², arrivando a desumere in ogni circostanza la responsabilità degli stessi dal mero fatto che il minore abbia causato un danno ingiusto³³. In molte circostanze, poi, si arriva addirittura a negare la possibilità ai genitori di allegare prove circa la propria diligenza nell'educare e/o vigilare il minore quando la condotta dello stesso sia ritenuta così grave da evidenziare *in re ipsa* carenze educative imputabili ai genitori³⁴.

Ciò che fanno i giudici è, quindi, effettuare una valutazione dell'intero e complessivo sistema educativo³⁵ approntato dai genitori analizzando però la

resp., 2010, pp. 363 ss. In giurisprudenza, qualificano la responsabilità di cui all'art. 2048 c.c. come oggettiva Cass., 10 agosto 2004, n. 15419, in *De jure on line*; Trib. Roma, 2 luglio 2009, *ivi*. Nota una progressiva oggettivizzazione della responsabilità in parola ad opera della giurisprudenza, CARUSI, D.: "Forme di responsabilità e danno", in *Attuazione e tutela dei diritti*, III, *La responsabilità e il danno*, in *Diritto civile* (a cura di N. LIPARI e P. RESCIGNO), Giuffrè, Milano, 2007, p. 475; FERRANTE, A.: "Illecito del figlio minore: nuove prospettive", *Danno resp.*, 2009, pp. 585 s.

³¹ Cass., 8 febbraio 2005, n. 2518, *De jure on line*, per il caso di danno prodotto da un minore che conduceva il proprio ciclomotore in maniera spericolata (nella fattispecie esibendosi in una «impennata») al passeggero che si trovava sul sedile posteriore; Trib. Trani, 28 maggio 2007, *ivi*, per il danno causato dal lancio di una sedia da parte di un minore all'interno di uno stabilimento balneare che colpisce al volto un terzo; Cass., 15 luglio 2008, n. 19450, *ivi*, per il danno causato da un minore che, dopo aver effettuato un fallo di gioco ed aver ricevuto una spallata da parte del minore che aveva subito la detta infrazione, lancia un sasso verso il fratello di quest'ultimo ferendolo; Trib. Roma, 5 marzo 2009, *ivi*, per il caso di pugno inferto da un minore ad un terzo che era intervenuto per sedare la rissa scoppiata fra il danneggiante ed un suo compagno.

³² Emblematica in questo senso Cass., 22 aprile 2009, n. 9556, *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 548, con nota di MASTRANGELO, G.: "La responsabilità dei genitori tra educazione e vigilanza della prole minore". Nel caso di specie, infatti, si è desunta la sussistenza di carenze educative e di vigilanza da parte dei genitori sul minore poiché lo stesso, avviato al lavoro come fabbro e carrozziere, aveva prodotto danni a terzi guidando il proprio ciclomotore e, nel farlo, non indossava il casco. Ciò è stato ritenuto sufficiente per attribuire solidalmente ai genitori la responsabilità ex art. 2048 c.c.

³³ App. Potenza, 21 settembre 1993, *De jure on line*.

³⁴ In giurisprudenza Cass., 16 maggio 1984, n. 2995, *Arch. civ.*, 1984, p. 1397; Cass., 18 giugno 1985, n. 3664, *Giur. it.*, 1986, I, p. 1525; Cass., 7 agosto 2000, n. 10357, *Danno resp.*, 2001, p. 260; Cass., 20 aprile 2007, n. 9509, *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 236, con nota di PARINI, G.A.: "Responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c.: i genitori sempre devono essere chiamati a rispondere?". Nello stesso senso, Cass., 22 aprile 2009, n. 9556, *cit.*, ove, pur non escludendo in radice l'esperibilità di una prova contraria, si giudicano inammissibili le richieste probatorie formulate dai genitori poiché volte a dimostrare l'assolvimento di un generico obbligo di educare il minore comunque insufficiente al fine di escludere la loro responsabilità.

³⁵ ROSSI CARLEO, L.: "La responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c.", *Riv. dir. civ.*, 1979, II, p. 125 ss.; CHIANALE, A.: "In tema di responsabilità dei genitori per i danni causati dai figli

condotta del minore in senso estremamente rigoroso quale indice insuperabile del fallimento educativo dei soggetti esercenti la potestà³⁶.

Nonostante formalmente aderenti al principio per cui la responsabilità *ex art.* 2048 c.c. sia una responsabilità per colpa presunta, appare evidente, di fatto, la deviazione da tale impostazione nel momento in cui si marginalizza l'indagine sulla colpa dei genitori³⁷ rendendo in pratica impossibile per gli stessi la dimostrazione della sua assenza³⁸. Da una presunzione di colpa si passa ad una presunzione di responsabilità che sostituisce alla normale esigenza di individuare il soggetto su cui far ricadere i costi di un danno prodotto, quella di assicurare con ogni mezzo il risarcimento al soggetto danneggiato³⁹. La tendenziale maggiore solvibilità dei genitori rispetto al figlio minore, porta quindi gli interpreti a trasformare l'obbligo di educazione da una obbligazione di mezzi ad una obbligazione di risultato⁴⁰. Ciò che si chiede ai genitori non è, in conclusione, di far tutto ciò che è in loro potere per educare il minore ma, al contrario, di raggiungere il risultato educativo⁴¹

minori”, *Giur. it.*, 1986, pp. 1527 ss; FERRI, F.: “La responsabilità dei genitori *ex art.* 2048 c.c.”, *Giur. it.*, 2000, pp. 1409 ss.

³⁶ FACCI, G.: “La prova liberatoria dei genitori per l'illecito del figlio minore dipendente dalle modalità con cui è avvenuto il fatto”, *Resp. civ. prev.*, 2001, pp. 1004 ss.

³⁷ In tal senso, avallando la ricostruzione oggettiva della responsabilità in parola, MONATERI, P.G.: *Illecito e responsabilità civile*, cit., p. 43, il quale espressamente afferma che «le locuzioni *culpa in vigilando* e *in educando* sono ormai semplici locuzioni riassuntive di rapporti complessi, che nulla hanno più a che fare con la ricerca o la dimostrazione di un elemento soggettivo di colpevolezza nella condotta dei genitori».

³⁸ V., in proposito, le considerazioni di CORSARO, L.: “Funzione e ragioni della responsabilità del genitore per il fatto illecito del figlio minore”, cit., pp. 231 ss. V., in proposito, le considerazioni di ESPOSITO, F.: “Autonomia del minore e responsabilità dei genitori”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 1141, la quale, in riferimento al suddetto orientamento giurisprudenziale, parla di «modello di colpa fittizia» contraddistinto da «una presenza soltanto nominale della prova liberatoria». Analoghe considerazioni in TACCINI, S.: “Il sistema di responsabilità civile dei genitori: tra profili di protezione e di garanzia”, *Danno resp.*, 2008, p. 5; CHIARELLA, M.L.: “Minore danneggiante e responsabilità vicaria”, *Danno resp.*, 2009, p. 979.

³⁹ BUSNELLI, F.D.: “Capacità ed incapacità di agire del minore”, *Dir. fam. pers.*, 1982, pp. 63 s.; FERRANTE, A.: “Illecito del figlio minore: nuove prospettive”, cit., p. 588.

⁴⁰ MOROZZO DELLA ROCCA, P.: “La responsabilità dei genitori, tutori, precettori”, in *La responsabilità civile*, XI, in *Il diritto privato nella giurisprudenza* (a cura di P. CENDON), UTET, Torino, 1998, p. 39 ss.

⁴¹ Così sembra orientarsi, Cass., 21 settembre 2000, n. 12501, *Resp. civ. prev.*, 2000, p. 73, con nota di SETTESOLDI, R.: “Fatto illecito dell'allievo e responsabilità civile: inutile l'accertamento della “culpa in vigilando” dell'insegnante se la condotta del minore rivela un'educazione inadeguata”, ove si ribadisce l'insufficienza della prova dell'avvenuta educazione del minore dovendo il genitore dimostrare anche che i precetti impartiti siano stati correttamente assimilati dal minore. Una volta verificatosi il fatto illecito, però, è evidente che il precetto educativo, anche se correttamente e scrupolosamente impartito, non sia stato adeguatamente recepito dal figlio. In questo senso si era già espresso PASETTI, G.: “In tema di responsabilità del genitore per mancata educazione del figlio”, *Giur. it.*, 1949, I, 2, pp. 291 ss. Nota poi una parte della dottrina come, nell'attuale regime

che, data l'impostazione segnalata, sicuramente non verrà ritenuto raggiunto ove il minore commetta un atto civilmente illecito il quale, per sua natura, sicuramente presuppone il compimento di una condotta rimproverabile.

III. RESPONSABILITÀ DEL MINORE ED ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI.

Da quanto esposto, appare evidente come dietro una generale impostazione che va ad ancorare il sorgere di un'obbligazione risarcitoria alla mera capacità di intendere e di volere del soggetto agente, nel caso del minore gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali che si vanno affermando sembrano svuotare, di fatto, la possibilità che un minore sia chiamato a risarcire il danno.

Non si intende ovviamente dire che in funzione di tali orientamenti il minore imputabile non sia responsabile del fatto illecito, ma pare allo stesso modo evidente che se la responsabilità dei genitori viene ad essere desunta dalla mera presenza di un fatto illecito attribuibile al figlio minore, nessuno agirà nei confronti del minore per attivarsi, al contrario, nei confronti dei genitori.

Va tuttavia segnalato che tale impostazione, oltre a risultare criticabile dal punto di vista dei risultati raggiungibili⁴², appare allo stesso modo in contrasto sia con l'evoluzione subita dalla famiglia, sia con la stessa struttura della responsabilità civile.

In questo senso, infatti, appare evidente nelle opinioni che ricostruiscono in chiave oggettiva la responsabilità dei genitori, il retaggio di una concezione della famiglia ormai superata all'interno della quale i minori sono "oggetti" totalmente sottomessi alle direttive dei propri genitori che, di conseguenza, assumono su di sé il rischio di eventuali danni causati dai figli minori. La possibilità che gli stessi possano assumere scelte autonome delle quali saranno loro in prima persona a dover rispondere sembra un concetto ancora lontano ma che, tuttavia, sembra porsi in netta sintonia con l'evoluzione della

giurisprudenziale, neanche la dimostrazione che il minore frequenta la scuola con buoni risultati o sia stato avviato al lavoro sia idonea ad assolvere l'onere probatorio circa l'insussistenza di una *culpa in educando*. Così CAMPIONE, R.: "Il fatto illecito del minore capace", cit., p. 636 s.

⁴² Sia sul punto consentito rinviare a BERTI DE MARINIS, G.: "La responsabilità civile dei genitori ex art. 2048 c.c. per il fatto illecito del minore commesso durante una partita di calcio", *Resp. civ. prev.*, 2013, pp. 186 ss.; ID., "Educación de la prole y responsabilidad civil de los padres por los daños ocasionados por el hijo menor en el derecho italiano", *Revista boliviana de derecho*, 2014, 1, pp. 328 ss.

famiglia e della potestà genitoriale⁴³.

Al contrario il minore è soggetto di diritto in grado di autodeterminarsi e, ove ciò sia supportato dalla capacità di intendere e di volere, appare chiara l'esigenza di far ricadere esclusivamente su tale soggetto le conseguenze degli atti che compie⁴⁴.

Tale risultato potrebbe essere raggiunto con maggior consistenza aderendo alle ricostruzioni che ancorano la responsabilità dei genitori alla presenza, pur presunta, di una colpa⁴⁵ che renda gli stessi rimproverabili per le conseguenze

⁴³ PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 948, il quale, notando come l'esercizio della potestà genitoriale abbia quale esclusivo scopo quello dell'interesse del figlio minore, prosegue affermando come tale interesse «s'identifica con il raggiungimento di una autonomia personale e di giudizio, e si può concretare altresì nella possibilità di esprimere scelte e proposte alternative che possono riguardare i più diversi settori, dagli interessi culturali a quelli politici e affettivi, purché sia salvaguardata la sua integrità psicofisica e la globale crescita della sua personalità». Su tale filone di pensiero, la dottrina si è fatta promotrice di un forte e radicale mutamento nella considerazione del minore e della sua capacità di assumere decisioni libere ed indipendenti facendo leva sulla sussistenza di un'accertata capacità di discernimento. In questo senso, da ultimo, RUSCELLO, F.: «Minore età e capacità di discernimento: quando i concetti assurgono a "supernorme"», *Dir. fam.*, 2011, pp. 404 ss.

⁴⁴ COMPORTI, M.: *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, cit., pp. 252 s., il quale ribadisce come, in merito alla responsabilità *ex art.* 2048 c.c., la giurisprudenza «anziché ripetere massime rimaste uguali dal vecchio al nuovo codice, con obblighi irrealistici ed assurdi a carico dei genitori verso i figli, deve prendere atto che, con la riforma del diritto di famiglia e con il mutamento dei costumi di vita familiare, è venuto meno il principio di autorità del *pater familias*, si è rivalutata notevolmente la personalità del minore ed è cresciuta fortemente la sfera di libertà dello stesso». Diversamente, ARNONE, G.M.D.: «Responsabilità civile dei genitori per fatto illecito del figlio quasi maggiorenne», cit., pp. 366 s., il quale nota come il mutato quadro normativo riguardante la famiglia non debba influire sulle regole operazionali della responsabilità civile di cui all'art. 2048 c.c. che, al contrario, manifesta la sua essenza nella necessità di tutelare la vittima e responsabilizzare i genitori richiamandoli ai propri doveri educativi. In generale, sull'autonomia di cui gode il minore all'interno della famiglia e sui limiti alla stessa, v. LIUZZI, A.: «Trattamenti sanitari su minore tra consenso dell'interessato e potestà genitoriale», *Fam. dir.*, 2002, pp. 551 ss.; SCALISI, A.: «Famiglia e diritti del minore», *Fam. pers. succ.*, 2006, pp. 815 ss.

⁴⁵ Tale posizione è il frutto della convinzione per cui se è sicuramente ingiusto il fatto di subire un danno, lo è altrettanto essere obbligati a risarcirlo nel caso in cui alla propria condotta non possa essere mosso alcun rimprovero in relazione all'evento dannoso verificatosi. Ciò appare ancora più vero in tutti i casi in cui lo stesso autore materiale dell'illecito, anche se minore come nei casi in commento, possa essere personalmente chiamato a risarcire il danno prodotto. Sulla natura eccezionale delle ipotesi di responsabilità oggettiva e sulla centralità della colpa – anche se oggetto di presunzione in specifici casi – quale elemento necessario al fine di attribuire la responsabilità civile, v. FLAMINI, A.: «Colpa», in ID., *Il danno alla persona. Saggi di diritto civile*, ESI, Napoli, 2009, pp. 211 s.

dannose derivanti dalla condotta del figlio minore⁴⁶. Ma nei casi nei quali al genitore non sia possibile muovere alcun rimprovero, la società dovrebbe maturare la consapevolezza di dover chiamare a risarcire il danno, con il proprio patrimonio presente e futuro, proprio il minore danneggiante.

Al contrario, nell'impostazione che sembra orientarsi a chiamare sempre i genitori a rispondere del fatto illecito dei figli minori, si scorge una impostazione paternalistica del nostro ordinamento derivante da una malcelata convinzione che il minore sia soggetto sicuramente immaturo e, come tale, da tenere al margine delle facoltà e dei doveri riconosciute dal nostro ordinamento.

Al contrario, però, il regime della responsabilità civile è estremamente chiaro nell'individuare nell'imputabilità e non nella capacità di agire il requisito sufficiente, anche se non da solo, a legittimare l'ordinamento a muovere un rimprovero al soggetto danneggiante. Si evidenzia, per tal via, come tutt'altro che anomala sia l'eventualità che un minore veda sorgere su di sé una obbligazione risarcitoria della quale dovrà rispondere con il proprio patrimonio presente e futuro.

IV. IL MINORE E GLI ATTI A CONTENUTO PATRIMONIALE: ASSENZA DI CAPACITÀ DI AGIRE E SUOI TEMPERAMENTI.

L'impostazione sopra descritta, raggiunta di fatto ed in via interpretativa in merito alle obbligazioni nascenti da fatto illecito, trova invece un chiaro riscontro normativo per quanto concerne le obbligazioni nascenti da contratto. Il nostro ordinamento, infatti, vincola la validità degli atti di autonomia negoziale al fatto che a porli in essere sia un soggetto munito della capacità di agire⁴⁷.

Tale principio si ricava in maniera inconfutabile dal già citato art. 2 c.c. dove, oltre a fissare la maggiore età al compimento dei diciotto anni, si stabilisce che solo con la maggiore età si acquista la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita un'età diversa. Il minore, quindi, se da un lato potrà essere titolare di diritti anche aventi contenuto patrimoniale – essendo munito della capacità giuridica – non potrà disporne liberamente ma solo

⁴⁶ Sulla necessità di una maggiore responsabilizzazione del minore, v. PARINI, G.A.: "Responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c.: i genitori sempre devono essere chiamati a rispondere?", cit., p. 258.

⁴⁷ Sul tema, FALZEA, A.: "Capacità giuridica (teoria gen.)", cit., p. 25; RUPERTO, C.: "Età (dir. Priv.)", cit., p. 85; BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, I, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 236 ss.

attraverso i genitori o, in assenza di questi, attraverso il tutore⁴⁸.

Anche in questa circostanza è l'assenza nel minore di una personalità sufficientemente formata e di conoscenze solidamente acquisite che ha indotto il legislatore a intervenire nel senso di privarlo della possibilità di compiere atti di autonomia che, in definitiva, potevano concretizzarsi in una lesione del patrimonio del minore. L'inesperienza di questo, unita alla facilità con cui soggetti scaltri ed esperti avrebbero potuto raggirarlo, hanno quindi portato a preferire la drastica soluzione di considerare invalidi i contratti stipulati dal minore.

Se da un lato tali necessità, manifestandosi quali espressioni di esigenze di tutela del minore⁴⁹, risultano sicuramente presenti e da tenere in considerazione, dall'altro è evidente come al minore, in quanto soggetto di diritto munito di una propria personalità, vadano necessariamente lasciati spazi di autonomia attraverso i quali perseguire i propri interessi e, attraverso questi, sviluppare la propria personalità⁵⁰. Tale autonomia nelle scelte, pacificamente riconosciuta per quanto riguarda gli aspetti non patrimoniali, stenta ancora a manifestarsi pienamente per quanto riguarda quelli patrimoniali⁵¹.

La scelta dell'ordinamento di escludere qualunque spazio negoziale per il minore, come si avrà modo di specificare in seguito, appare una scelta eccessivamente drastica che, nonostante dettata dall'esigenza di approntare una forte tutela del patrimonio del minore, si rivela oggi eccessiva e, forse, in contrasto con gli stessi principi che regolano l'ordinamento costituzionale.

La critica ruota intorno da un lato alla necessità di valorizzare nella maniera più piena possibile il minore quale autonomo soggetto di diritto che manifesta esternamente la propria personalità e, dall'altro, alla non più nascondibile evidenza per cui il minore, lungi dall'essere un soggetto ingenuo e raggirabile, è al contrario un essere munito di raziocinio ed in grado di compiere scelte ragionate e consapevoli anche nel momento in cui sia

⁴⁸ PERLINGIERI, C.: "Art. 2", in AA. VV.: *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di G. PERLINGIERI), cit., p. 261, la quale mette in evidenza che mentre quando si parla di capacità giuridica si fa riferimento ad un profilo statico, quando si parla di capacità di agire si fa riferimento ad un profilo dinamico attinente l'esercizio di un diritto.

⁴⁹ In generale, in merito alla capacità del diritto civile di essere strumento di protezione per i soggetti che si trovino in posizione di debolezza, MARINELLI, F.: "La tutela civile dei soggetti deboli", *Giust. civ.*, 1994, II, pp. 155 ss.

⁵⁰ Rileva la necessità di lasciare al minore idonei spazi "di libertà e di autodeterminazione", ALPA, G.: "I contratti del minore, Appunti di diritto comparato", *Contratti*, 2004, p. 519.

⁵¹ Poneva in connessione la capacità del minore di compiere autonome scelte incidenti sugli aspetti non patrimoniali con la necessità di lasciare allo stesso la possibilità, pur entro certi limiti, di compiere autonomamente atti patrimoniali, GIORGIANNI, M.: "In tema di capacità del minore di età", *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 104.

chiamato a gestire un proprio patrimonio⁵².

Gli atti di autonomia negoziale, infatti, pur incidendo su aspetti patrimoniali, sono allo stesso modo considerabili quali strumenti di realizzazione della personalità di colui che li compie. Con tali atti, infatti, si va a modificare la propria sfera giuridica al fine di renderla maggiormente idonea a perseguire gli scopi e gli obiettivi che il contraente si era prefissato. Impedire in maniera indiscriminata al minore di compiere tali atti equivarrebbe, quindi, a limitare la possibilità dello stesso di sviluppare la propria personalità⁵³.

Ed è proprio facendo leva su tali considerazioni che la dottrina ha elaborato dei correttivi alla regola generale dell'invalidità dei negozi posti in essere da minori d'età. Tale temperamento, che non trova riscontro al livello normativo, è orientato a considerare comunque validi ed efficaci i c.dd. "atti della vita quotidiana", categoria che ricomprende al suo interno tutti quei negozi, di modica rilevanza economica, che risultano espressione della "vita quotidiana" di ogni individuo. Anche il minore, quindi, potrà compiere validamente tali atti nei quali rientrano, ad esempio, la conclusione di contratti di trasporto locale (bus, metro ecc.), le piccole spese inerenti aspetti ludici, ricreativi o culturali (acquisto di un biglietto per il cinema o per il teatro, l'acquisto di libri, fumetti, c.d. musicali, ecc.)⁵⁴.

In tali circostanze è apparso immediatamente evidente come l'applicazione della regola generale, che vuole ogni atto negoziale compiuto dal minore come invalido, avrebbe causato una inutile ed eccessiva compressione della libertà di autodeterminarsi del minore che non trovava giustificazione alla luce della stessa *ratio* che sembrava dominare l'istituto dell'incapacità dei minori. Come ricordato, infatti, l'obiettivo dell'ordinamento era quello di porre al sicuro il patrimonio del minore da atti pregiudizievoli eventualmente compiuti dallo stesso: lo scarso rilievo economico di tali atti aveva immediatamente reso evidente come gli stessi non concretizzassero un pericolo per il patrimonio del minore e, come tali, potevano essere ammessi

⁵² Si vedano, sul punto, le considerazioni di RUPERTO, C.: "Età (dir. priv.)", cit., p. 87, il quale ricava all'interno della minore età una parentesi di totale incapacità coincidente con la c.d. infanzia. Al di fuori dell'infanzia, quindi, il soggetto minore risulta titolare di sufficiente capacità di discernimento al fine di poter porre validamente in essere alcuni atti a contenuto negoziale.

⁵³ A tal proposito, la dottrina ha già avuto modo di affermare come dovrebbero essere considerati validi, se non altro, tutti quegli atti a contenuto patrimoniale che il minore pone in essere al fine di realizzare situazioni giuridiche essenziali riconosciute dall'ordinamento. Se l'ordinamento riconosce anche al minore il diritto di associarsi e di manifestare liberamente la propria opinione anche in maniera associata, è necessario riconoscere la possibilità allo stesso di compiere gli atti a contenuto patrimoniale necessaria per partecipare alla vita dell'associazione della quale è membro. Per tali riflessioni, v. RUSCELLO, F.: "Potestà genitoriale e capacità dei figli minori: dalla soggezione all'autonomia", *Vita not.*, 2000, p. 73.

⁵⁴ Per una ricostruzione di tali atti, v. CINQUE, M.: *Il minore contraente*, cit., pp. 98 ss.

in quanto rappresentavano un opportuno ed innocuo riconoscimento di libertà per il minore necessario per lo sviluppo della sua personalità⁵⁵.

Nel silenzio del legislatore italiano sul punto, non sono mancati recenti interventi normativi che sembrano affrontare il problema in maniera maggiormente sensibile. Così, ad esempio, all'interno dell'ordinamento spagnolo va segnalata la riforma introdotta con la Ley 28 giugno 2015, n. 26 che ha modificato l'art. 1263 del Código civil proprio introducendo espressamente deroghe alla completa assenza di capacità di agire del minore. La riforma, nel ribadire l'impossibilità del minore di manifestare autonomamente la sua volontà, prevede infatti la possibilità per il minore di compiere validamente "aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales". Attraverso tale intervento, quindi, si riconosce finalmente l'inadeguatezza di soluzioni normative troppo rigide che, nel tentativo peraltro vano di "proteggere il minore", finiscono per limitare in maniera talmente drastica la sua capacità di autodeterminarsi in ambito negoziale da impedire, di fatto, che lo stesso possa sviluppare in maniera compiuta la propria personalità.

L'adozione di una soluzione normativa di tal genere – che come si avrà modo di evidenziare successivamente trova anche riscontri significativi nei tentativi di codificazione europea –, sarebbe un primo indice della matura presa di coscienza del fatto che la "tutela" del minore vada più correttamente interpretata come esigenza di dotare lo stesso di tutti gli strumenti necessari a garantirgli una "crescita" progressiva ed equilibrata. Un ordinamento che ha intenzione di "tutelare" un minore, cioè, deve fare in modo di introdurlo gradualmente all'interno della vita civile attraverso passaggi che gli permettano di formarsi una propria esperienza in modo tale da non porlo nella situazione di essere proiettato, dall'oggi al domani, nel più difficile - e per lui forse poco comprensibile - "mondo degli adulti".

Nello stesso solco va necessariamente collocato lo stesso progetto di creazione di un Codice europeo dei contratti che, all'art. 150, comma 3, prevede espressamente la validità degli atti "usuali della vita quotidiana che comportano un esborso modesto e vengono effettuati con l'impiego di denaro o di mezzi provenienti da attività lavorative consentite all'incapace oppure messaggi lecitamente a disposizione affinché egli abbia a disporre liberamente"⁵⁶, così confermando la comune tendenza a considerare tali

⁵⁵ CALÒ, E.: "Appunti sulla capacità di agire dei minori", *Dir. fam. pers.*, 1997, p. 1610 ove afferma che tale riconoscimento può essere considerato un diritto inviolabile del minore.

⁵⁶ Si tratta del tentativo di elaborazione di un Codice europeo dei contratti da parte dell'Accademia dei Giusprivatisti di Pavia. Va ribadito che le disposizioni in esso contenute, frutto delle riflessioni di autorevolissimi studiosi europei, non hanno carattere vincolante

negozi pienamente produttivi di effetti.

V. CONTRATTI CONCLUSI DAL MINORE E REGIME INVALIDANTE A PROTEZIONE DELLO STESSO.

Nonostante questo temperamento raggiunto in Italia in via interpretativa, rimane ferma la regola generale che reputa invalidi gli atti del minore. Che tale regime sia stato pensato tenendo quale obiettivo quello della tutela statica del suo patrimonio, appare evidente dall'analisi della stessa sanzione invalidante che il codice civile del 1942 impone in tali circostanze. Contrariamente alla scelta effettuata dal precedente codice del 1865, che sanzionava tali atti con la nullità⁵⁷, l'attuale codice civile si orienta verso quella dell'annullabilità⁵⁸.

Il profilo sanzionatorio, infatti, non appare assolutamente secondario al fine di comprendere la *ratio* della norma sostanziale dal momento che, attraverso la sanzione, l'ordinamento cerca di individuare lo strumento maggiormente idoneo a realizzare le funzioni proprie della norma violata. Ciò appare evidente se solo si rifletta sulla limitazione della cerchia dei legittimati a far valere il vizio invalidante che, nel caso dell'annullabilità, viene ristretto dall'art. 1441 c.c. ai soli soggetti protetti dalla sanzione stessa⁵⁹.

Per quello che qui interessa, quindi, soggetti legittimati a far valere il vizio saranno i genitori o il tutore del minore, in nome e per conto dello stesso; ovvero il minore contraente autonomamente ma solo dopo aver raggiunto la maggiore età. Appare evidente che tale limitazione dei soggetti legittimati, escludendo la controparte dalla possibilità di far valere il vizio, garantisce ai

ma rappresentano solo uno spontaneo contributo di tali studiosi all'elaborazione di un diritto comune dei contratti al livello europeo. Sulla particolare disciplina dell'annullabilità fatta propria dal Codice europeo dei contratti, v. MORALES MORENO, A.M.: "Anulabilidad del contrato", in AA. VV.: *Código europeo de contratos* (a cura di C. VATTIER, J.M^a. DE LA CUESTA e J.M^a. CABALLERO), II, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 575 ss.

⁵⁷ TAFARO, L.: *L'età per l'attività*, cit., p. 231.

⁵⁸ Il Codice civile italiano, distingue in maniera netta i due tipi di invalidità (nullità ed annullabilità) che possono colpire i contratti riservando alle stesse una specifica ed autonoma disciplina. Tale distinzione, assente nel Código civil, è stata però elaborata dalla dottrina spagnola. Si veda, in questo senso, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La anulabilidad del contrato por vicios del consentimiento", in AA. VV.: *La terminación del contrato* (a cura di J.A. GAITÁN MARTÍNEZ y F. MANTILLA ESPINOSA), Editorial Universida del Rosario, Bogotá, 2007, p. 41.

⁵⁹ FARINA, V.: "Art. 1425", in AA. VV.: *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di G. PERLINGIERI), cit., pp. 1052 ss.; PELLEGRINO, G.M.: "Art. 1441", in AA. VV.: *Codice civile* (a cura di P. RESCIGNO), 7^a ed., Giuffrè, Milano, 2008, p. 2674; FALABELLA, A.: "Art. 1441", in AA. VV.: *Codice civile commentato* (a cura di G. BONILINI, M. CONFORTINI y C. GRANELLI), 4^a ed., UTET, Torino, 2012, p. 3289.

soggetti protetti la possibilità di scegliere, in funzione della convenienza dell'atto, se far valere il vizio invalidante o mantenere in vita gli effetti prodotti dal contratto ove questi si siano rivelati proficui nonostante l'incapacità di agire di uno dei contraenti⁶⁰.

Ulteriore conferma di tale impostazione è rintracciabile nella peculiare disciplina che caratterizza le ripetizioni delle prestazioni eseguite in esecuzione di un contratto successivamente annullato a causa di un vizio attinente la capacità di una delle parti. Il contratto annullabile, infatti, nonostante qualificabile come negozio invalido, produce *medio tempore* i suoi effetti fino a quando una sentenza – che per questo ha effetti costitutivi – non accerti la presenza del vizio invalidante e ne produca gli effetti caducatori. Pronunciata tale sentenza, gli effetti dell'invalidità retroagiscono fino alla conclusione del contratto legittimando entrambe le parti a chiedere la ripetizione delle prestazioni indebitamente eseguite ai sensi dell'art. 2033 c.c.⁶¹.

A tale regola genarle, come detto, l'ordinamento prevede una deroga nel caso di annullamento per vizio della capacità poiché all'art. 1443 c.c. viene previsto un regime di favore per il contraente incapace⁶². Il soggetto legittimato a chiedere l'annullamento, infatti, in questi casi “non è tenuto a restituire all'altro la prestazione ricevuta se non nei limiti in cui è stata rivolta a suo vantaggio”⁶³.

L'effetto di tale disposizione, come pare evidente, risiede nel garantire al soggetto protetto la possibilità di trattenere a scapito della controparte, quella porzione di prestazione ricevuta che lo stesso non abbia rivolto a proprio vantaggio⁶⁴, limitando gli obblighi restitutori nella sola misura del suo

⁶⁰ ALPA, G.: “I contratti del minore, Appunti di diritto comparato”, cit., p. 518, ove nota come la disciplina invalidante prevista nell'ambito dei contratti conclusi dal minore abbia quale obiettivo quello di permettere alla parte protetta di mantenere in vita gli eventuali effetti positivo dei contratti conclusi dall'incapace. Che la rilevabilità su istanza di parte sia una delle caratteristiche che conferiscono ad una determinata sanzione la capacità di farsi strumento di protezione degli interessi peculiari di uno dei contraenti, sembra oggi trovare un evidente riscontro proprio nelle peculiari discipline sanzionatorie che, in Italia, vengono previste nell'ambito della tutela dei “nuovi” soggetti deboli (consumatori, clienti di istituti finanziari o bancari ecc.). All'interno di tali normative, infatti è estremamente frequente il ricorso alla sanzione della “nullità relativa” quale mezzo che, pur sotto il profilo patologico, cerca di garantire ai soggetti tutelati un idoneo strumento di reazione ad una lesione subita.

⁶¹ Sulle conseguenze restitutorie scaturenti dall'invalidità del contratto, v. PASSAGNOLI, G.: “Invalidità del contratto e restituzioni”, *Obbl. contr.*, 2010, pp. 647 ss.

⁶² FARINA, V.: “Art. 1443”, in AA. VV.: *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di G. PERLINGIERI), cit., pp. 1098 s.

⁶³ Analogamente si esprime l'art. 1.304 del Código civil. In dottrina, EVANGELIO LLORCA, R.: *Los contratos celebrados por incapaces naturales*, McGraw Hill, Madrid, 1997, pp. 132 ss.

⁶⁴ Sul concetto di “vantaggio” richiamato dalla norma analizzata, MANZINI, C.: “Il vantaggio dell'incapace”, *Riv. dir. civ.*, 1980, I, pp. 649 ss.

eventuale arricchimento⁶⁵.

Così facendo, da un lato si garantisce un ulteriore incremento di tutela per il patrimonio del minore che, in quanto soggetto inesperto, potrebbe non rivolgere a proprio vantaggio l'eventuale prestazione ricevuta da controparte⁶⁶ ma, dall'altro, ha anche un effetto dissuasivo nei confronti della collettività. Ed infatti, sapendo che una volta concluso un contratto con un minore non si ha neanche la certezza, in caso di annullamento del negozio, di rientrare nella disponibilità dell'intera prestazione eventualmente adempiuta, si verrà sicuramente scoraggiati dallo stipulare contratti con soggetti incapaci⁶⁷.

VI. RAGGIRI DEL MINORE ED INAPPLICABILITÀ DELLA DISCIPLINA DI FAVORE.

Come ricordato poco sopra, l'esigenza di proteggere il minore sotto il profilo negoziale sorge dalla peculiare posizione in cui lo stesso si trova. La sua presunta scarsa capacità di discernimento, infatti, fa del minore un soggetto debole, facilmente raggirabile e condizionabile da parte di terzi. Non è un caso, quindi, che tali esigenze di tutela non siano state percepite per il minore che spinga la propria controparte a concludere il contratto se, attraverso la propria condotta truffaldina, abbia indotto in errore l'altra parte circa la propria età. In questo senso si esprime, in maniera estremamente chiara, l'art. 1426 c.c. che preclude la possibilità di far valere l'annullabilità del contratto da parte del minore che con i suoi raggiri abbia occultato il suo stato di incapacità dovuto all'età, specificando che "la semplice dichiarazione da lui fatta di essere maggiorenne non è di ostacolo all'impugnazione del contratto".

Secondo un orientamento, la particolare maturità che dimostra il minore che,

⁶⁵ Considerano la disposizione da ultimo citata una specificazione del principio generale di cui all'art. 2039 c.c. concernente l'ingiustificato arricchimento, MESSINEO, F.: "Annullabilità (dir. Priv.)", in *Enc. dir.*, II, Giuffrè, Milano, 1958, p. 480; FRANZONI, M.: *Dell'annullabilità del contratto*, in *Codice civile Commentario* Schlesinger, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2005, p. 187. *Contra*, però, PELLEGRINO, G.M.: "Art. 1443", in AA. VV.: *Codice civile* (a cura di P. RESCIGNO), cit., p. 2678, il quale ritiene il "vantaggio" richiamato dalla norma concetto distinto rispetto all' "arricchimento".

⁶⁶ DE CUPIS, A.: "Il favor nel diritto civile per gli incapaci", *Riv. dir. civ.*, II, pp. 763 ss. Stessa finalità è individuata dalla dottrina spagnola per l'omologa disposizione di cui all'art. 1.304 del Código civil. Così, DELGADO ECHEVERRÍA, J.: "Comentario a los artículos 1.303 – 1.314 del Cc", in *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XVII, vol. 2, Edersa, Madrid, 1981, p. 297.

⁶⁷ Intende gli strumenti protettivi delineati dal legislatore in favore del minore anche quali strumenti volti a dissuadere la controparte a concludere un determinato contratto, CALÒ, E.: "Appunti sulla capacità di agire dei minori", cit., 1997, p. 1611.

coscientemente, raggiunge la propria controparte al fine di indurla a contrattare, determina il venir meno delle esigenze di protezione e, con esse, della stessa disciplina di favore sopra riportata⁶⁸.

Altra parte della dottrina, al contrario, ravvisa la *ratio* di tale disposizione nell'esigenza di sanzionare il minore per una condotta artata e sicuramente contraria ai parametri di buona fede e correttezza⁶⁹.

Se entrambe le finalità sopra descritte sembrano rintracciarsi nella norma sopra menzionata, quello che appare necessario puntualizzare è che la disposizione in parola non sembra più porsi a tutela del minore quanto, piuttosto, della controparte di quello che, avendo fatto affidamento incolpevole sulla conclusione di un contratto valido a tutti gli effetti, non potrà subire le conseguenze pregiudizievoli derivanti da un eventuale annullamento dello stesso⁷⁰.

Bisogna però segnalare che i presupposti necessari perché si applichi la disposizione menzionata sono estremamente rigidi dal momento che si richiede al minore una condotta "machiavellica" con la quale induca l'altro contraente a non dubitare, ragionevolmente, della maggiore età del minore⁷¹.

Ciò ha determinato una pressoché inesistente applicazione giurisprudenziale della disposizione aggravata ulteriormente dalla convinzione, maturata sia in dottrina⁷² che in giurisprudenza⁷³, per cui la norma in parola avrebbe natura eccezionale e, quindi, risulterebbe inapplicabile ai casi di incapacità che non siano direttamente derivanti da minore età.

La norma, proprio per tale orientamento, è stata considerata inapplicabile in un caso nel quale un interdetto, al fine di concludere un contratto, aveva

⁶⁸ In questo senso, TRABUCCHI, A.: "Dolo (dir. civ.)", in *Noviss. Dig. it.*, VI, UTET, Torino, 1960, pp. 153 ss.

⁶⁹ Così, PAVONE LA ROSA, A.: "Nullità ed annullabilità del contratto. Rassegne di giurisprudenza", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, pp. 441 ss.

⁷⁰ FRANZONI, M.: *Dell'annullabilità del contratto*, cit., pp. 207 s.; GENOVESE, A.: "Art. 1426", in AA. VV.: *Codice civile Commentario* (a cura di G. BONILINI, M. CONFORTINI e C. GRANELLI, cit., pp. 3256 s. Va inoltre detto, che il terzo contraente potrebbe egli stesso attivarsi al fine di chiedere l'annullamento del contratto concluso con il minore truffaldino. Ed infatti risulteranno allo stesso applicabili tanto la disciplina dell'errore quanto la disciplina del dolo negoziale.

⁷¹ FARINA, V.: "Art. 1426", in AA. VV.: *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di G. PERLINGIERI), cit., p. 1057.

⁷² In dottrina, propende propende per il considerare non estensibile la disposizione in parola ai casi di interdizione e di inabilitazione, FEDELE, A.: *Dell'annullabilità del contratto*, in *Commentario al codice civile* Finzi e D'Amelio, Barbera, Firenze, 1948, p. 702; ID., *L'inefficacia del contratto*, UTET, Torino, 1983, p. 102; PELLEGRINI, G.M.: "Art. 1426", in AA. VV.: *Codice civile* (a cura di P. RESCIGNO), cit., 2008, p. 2656.

⁷³ Cass., 4 luglio 2012, n. 11191, *De jure on line*.

presentato alla propria controparte una falsa copia della sentenza di revoca del provvedimento di interdizione pronunciato da parte del Tribunale. Nel caso di specie, nonostante la scaltrezza dell'interdetto, la Corte di cassazione ha ribadito la necessità di interpretare in maniera estremamente rigorosa l'ambito di applicazione dell'art. 1426 c.c. sancendo, dunque, l'invalidità del contratto concluso a seguito dell'artificio posto in essere da parte dell'interdetto⁷⁴.

VII. CONCLUSIONI: IL MINORE QUALE SOGGETTO ANCORA DA RESPONSABILIZZARE E DA VALORIZZARE.

Dalla narrazione che precede emerge chiaramente una linea di tendenza sufficientemente marcata che, da un punto di vista giuridico, tende ad escludere il minore dalla vita attiva. Il minore, quindi, pur potendo essere titolare di un patrimonio, viene con difficoltà considerato quale soggetto titolare di doveri e di libertà.

Ciò, come accennato, sembra essere il retaggio di una concezione della minore età ancorata ad un concetto di famiglia arcaico. In quel quadro, infatti, il minore era inteso quale soggetto totalmente sottomesso alle disposizioni dei propri genitori e, come tale, incorporato anonimamente nel tessuto familiare. Ogni spazio di libertà lasciato al minore, equivaleva a riconoscere allo stesso un grado di emancipazione dai propri genitori che pareva inammissibile in tale struttura familiare⁷⁵.

Questa concezione della famiglia, è però mutata profondamente nel corso del tempo⁷⁶ tanto da risultare, modernamente, del tutto inattuale. La famiglia non è più uno strumento di controllo della società ma una formazione sociale⁷⁷ strumentale allo sviluppo della personalità dei suoi membri (siano essi maggiori o minori d'età) e, quindi, dell'intera società⁷⁸.

Tale mutamento è stato stimolato, in Italia, principalmente dall'avvento del sistema costituzionale che nel 1948 ha profondamente modificato l'ordinamento ponendo al centro dello stesso la persona e l'esigenza di un

⁷⁴ Cass., 4 luglio 2012, n. 11191, cit.

⁷⁵ In tale sistema, i genitori erano considerati i soggetti maggiormente idonei a curare gli interessi dei figli. Sul punto, v. GIORGIANNI, M.: *Della potestà dei genitori*, in AA. VV.: *Commentario al diritto italiano della famiglia* (a cura di G. CIAN, G. OPPO e A. TRABUCCHI), IV, Cedam, Padova, 1992, p. 292.

⁷⁶ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R e CHAPARRO MATAMOROS, P.: "La responsabilità civile nell'ambito delle relazioni familiari in Spagna", *Dir. fam. pers.*, 2014, pp. 390 ss.

⁷⁷ PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionali secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., pp. 919 ss.

⁷⁸ STANZIONE, P.: "Costituzione, diritto civile e soggetti deboli", cit., p. 312.

corretto sviluppo della sua personalità⁷⁹. Ciò ha inciso profondamente sulla stessa interpretazione degli istituti civilistici ormai sempre più distaccati da una visione meramente patrimonialista per essere considerati, in maniera sempre più decisa, quali strumenti di realizzazione della personalità di ciascun individuo⁸⁰.

Le brevi riflessioni sopra svolte, riportate nell'ambito della presente trattazione, impongono di guardare con diffidenza ai risultati raggiunti dagli interpreti per quanto riguarda la responsabilità civile del minore; e dal legislatore per quanto riguarda la capacità di agire dei minori.

Sotto il primo profilo, appare infatti evidente come la tendenza della giurisprudenza a riconoscere in ogni circostanza la responsabilità dei genitori per gli illeciti commessi dal minore porti quale immediata conseguenza quella di escludere di fatto che il minore venga chiamato a rispondere con il proprio patrimonio di danni che lo stesso causa con condotte sorrette da capacità di intendere e di volere.

Sotto il secondo profilo, si esclude che il minore, utilizzando il proprio patrimonio, possa perseguire i propri interessi e sviluppare la propria personalità attraverso la conclusione di atti negoziali.

Sarebbe al contrario opportuno rivalutare, sotto entrambi i profili, la capacità del minore di autodeterminarsi riconoscendo la quale non si dovrebbero avere remore a chiamare lo stesso a rispondere degli obblighi che impone l'ordinamento e, contestualmente, ad esercitare le libertà che lo stesso garantisce⁸¹.

È innegabile che la posizione del minore necessita di una disciplina peculiare. Ma tali peculiarità non potranno mai essere tali da portare ad escludere il minore da una vita attiva e, per quanto possibile, autonoma.

Così, se la responsabilità dei genitori ha un senso solo se agli stessi sia effettivamente rimproverabile una colpa nell'educazione o vigilanza del minore, allo stesso modo sarebbe opportuno ammettere la validità di tutti quegli atti negoziali compiuti dal minore capace di intendere e di volere che per consistenza economica e per interessi perseguiti siano compatibili con la

⁷⁹ Sulla rilevanza costituzionale del minore quale soggetto di diritto, v. DOGLIOTTI, M.: "La potestà dei genitori e l'autonomia del minore", cit., 2007, pp. 107 ss.

⁸⁰ Con specifico riferimento alla situazione dei minori di età, nota una certa tendenza della dottrina a privilegiare gli interessi patrimoniali più che quelli personali dell'individuo, TAFARO, L.: *L'età per l'attività*, cit., pp. 36 ss.

⁸¹ Ritiene opportuna la valorizzazione di uno strumento flessibile che, in ambito negoziale, individui casisticamente l'effettiva capacità del contraente, STANZIONE, P.: *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, cit., pp. 247 ss.

posizione e con l'età in cui si trova il minore. Sotto tale ultimo profilo, in particolare, sembra opportuno ampliare il novero degli atti negoziali che possono essere validamente compiuti dal minore per ricomprendersi, oltre ai c.dd. "atti della vita quotidiana", anche tutti quei contratti (quali, ad esempio, l'acquisto di una bicicletta, di uno strumento musicale, di un cannocchiale per guardare le stelle) che risultino strumentali a perseguire interessi che siano propri dell'età del contraente anche se minore e, di conseguenza, a sviluppare la sua peculiare ed autonoma personalità.

Ciò che risulta necessario è, quindi, abbandonare una tutela di tipo statico che mira a mantenere intatto il patrimonio, per abbracciare una tutela di tipo dinamico che, al contrario, tenti di agevolare lo sviluppo della personalità del minore. Tale impostazione porterebbe l'ordinamento a non comprimere le individualità dei minori guidandoli, al contrario, verso la piena ed integrale maturità che farà degli stessi soggetti adulti ed affidabili.

BIBLIOGRAFÍA

ALPA, G.: "I contratti del minore, Appunti di diritto comparato", *Contratti*, 2004, pp. 519 ss.

ALPA, G.: *La responsabilità civile. Parte generale*, UTET, Torino, 2010.

ANNUNZIATA, G.: *Responsabilità civile e risarcibilità del danno*, Cedam, Padova, 2010.

ARNONE, G.M.D.: "Responsabilità civile dei genitori per fatto illecito del figlio quasi maggiorenne", *Danno resp.*, 2010, pp. 363 ss.

AUTORINO STANZIONE, G.: *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2003.

BELLI, G.: "Minori, capacità di discernimento ed esercizio della sorveglianza da parte degli insegnanti", *Fam. pers. succ.*, 2012, pp. 816 ss.

BELLI, G.: "Sorveglianza degli incapaci e responsabilità del custode", *Resp. civ.*, 2011, pp. 848 ss.

BELLISARIO, E.: "Art. 147", in AA. VV.: *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di G. PERLINGIERI), III ed., ESI, Napoli, 2010, pp. 652 ss.

BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Derecho de la persona*, Bercal, Madrid, 1976.

BERTI DE MARINIS, G.: “Educazione della prole e responsabilità civile dei genitori per i danni causati dal figlio minore in diritto italiano”, *Revista boliviana de derecho*, 2014, 1, pp. 328 ss.

BERTI DE MARINIS, G.: “La responsabilità civile dei genitori ex art. 2048 c.c. per il fatto illecito del minore commesso durante una partita di calcio”, *Resp. civ. prev.*, 2013, pp. 186 ss.

BESSONE, M.: “Fatto illecito del minore e regime della responsabilità per mancata sorveglianza”, *Dir. fam.*, 1982, p. 1011 ss.

BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, I, Giuffrè, Milano, 2002.

BONVICINI, E.: *La responsabilità civile*, I, Giuffrè, Milano, 1971.

BUGETTI, M. N.: *Nuovi strumenti di tutela dei soggetti deboli tra famiglia e società*, Giuffrè, Milano, 2008

BUSNELLI, F.D.: “Capacità ed incapacità di agire del minore”, *Dir. fam. pers.*, 1982, pp. 63 ss.

CALÒ, E.: “Appunti sulla capacità di agire dei minori”, *Dir. fam. pers.*, 1997, pp. 1610 ss.

CAMPIONE, R.: “Il fatto illecito del minore capace”, in AA. VV.: *Le responsabilità nelle relazioni familiari* (a cura di M. SESTA), UTET, Torino, 2008, p. 635 ss.

CARBONE, E.: “La responsabilità aquiliana del genitore tra rischio tipico e colpa fittizia”, *Riv. dir. civ.*, 2008, II, pp. 1 ss.

CARUSI, D.: “Forme di responsabilità e danno”, in *Attuazione e tutela dei diritti*, III, *La responsabilità e il danno*, in *Diritto civile* (a cura di N. LIPARI e P. RESCIGNO), Giuffrè, Milano, 2007, pp. 475 ss.

CASSANO, G.: *Capire la responsabilità civile*, UTET, Torino, 2007.

CHIANALE, A.: “In tema di responsabilità dei genitori per i danni causati dai figli minori”, *Giur. it.*, 1986, pp. 1527 ss

CHIARELLA, M.L.: “Minore danneggiante e responsabilità vicaria”, *Danno resp.*, 2009, pp. 979 ss.

CIAN, G.: *Antigiuridicità e colpevolezza: saggio per una teoria dell'illecito civile*, Cedam, Padova, 1966.

CIMMINO, M.: “Autodeterminazione del minore e responsabilità civile”, *Fam. dir.*, 2012, pp. 143 ss.

CINQUE, M.: *Il minore contraente*, Giuffrè, Milano, 2007.

COCUCCIO, M.: “Sulla responsabilità civile dei genitori per il fatto illecito commesso dal minore”, *Giust. civ.*, 2010, pp. 965 ss.

COMPORITI, M.: *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, in *Cod. civ. Commentario* Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2002.

CORSARO, L.: “Funzione e ragioni della responsabilità del genitore per il fatto illecito del figlio minore”, *Giur. it.*, 1988, IV, p. 228 ss.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho civil de España*, II, *Derecho de la persona*, Parte primera, *La persona y su estado civil*, Civitas, Madrid, 1952.

DE CRISTOFARO, G.: “La responsabilità dei genitori per il danno cagionato a terzi dal minore”, in *Trattato di diritto di famiglia* (a cura di P. ZATTI), II, Giuffrè, Milano, 2002, p. 1235 ss.

DE CUPIS, A.: “Il favor nel diritto civile per gli incapaci”, *Riv. dir. civ.*, II, pp. 763 ss.

DE CUPIS, A.: *Dei fatti illeciti*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1971.

DELGADO ECHEVERRÍA, J.: “Comentario a los artículos 1.303 – 1.314 del C.c.”, in *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XVII, vol. 2, Edersa, Madrid, 1981, pp. 297 ss.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R e CHAPARRO MATAMOROS, P.: “La responsabilità civile nell’ambito delle relazioni familiari in Spagna”, *Dir. fam. pers.*, 2014, pp. 390 ss.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La anulabilidad del contrato por vicios del consentimiento”, in AA. VV.: *La terminación del contrato* (a cura di J.A. GAITÁN MARTÍNEZ e F. MANTILLA ESPINOSA), Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, pp. 41 ss.

DOGLIOTTI, M.: “L’interesse del minore nella separazione fra coniugi”, *Dir. fam. pers.*, 1986, p. 1126 ss.

DOGLIOTTI, M.: *La potestà dei genitori e l’autonomia del minore*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Giuffrè, Milano, 2007.

ESPOSITO, F.: “Autonomia del minore e responsabilità dei genitori”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, pp. 1141 ss.

EVANGELIO LLORCA, R.: *Los contratos celebrados por incapaces naturales*, McGraw Hill, Madrid, 1997.

FACCI, G.: “La prova liberatoria dei genitori per l'illecito del figlio minore dipendente dalle modalità con cui è avvenuto il fatto”, *Resp. civ. prev.*, 2001, pp. 1004 ss.

FACCI, G.: “La responsabilità dei genitori in caso di incidente stradale del figlio minore: per colpa od oggettiva?”, *Fam. dir.*, 2006, pp. 140 ss.

FALABELLA, A.: “Art. 1441”, in AA. VV.: *Codice civile commentato* (a cura di G. BONILINI, M. CONFORTINI e C. GRANELLI), 4^a ed., UTET, Torino, 2012, pp. 3289 ss.

FALZEA, A.: “Capacità (teoria generale)”, in *Enc. dir.*, VI, Giuffrè, Milano, 1960, p. 40 ss.

FARINA, V.: “Art. 1425”, in AA. VV.: *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di G. PERLINGIERI), III ed., ESI, Napoli, 2010, pp. 1052 ss.

FARINA, V.: “Art. 1426”, in AA. VV.: *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di G. PERLINGIERI), III ed., ESI, Napoli, 2010, pp. 1057 ss.

FARINA, V.: “Art. 1443”, in AA. VV.: *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di G. PERLINGIERI), III ed., ESI, Napoli, 2010, pp. 1098 ss.

FEDELE, A.: *Dell'annullabilità del contratto*, in *Commentario al codice civile* Finzi e D'Amelio, Barbera, Firenze, 1948.

FEDELE, A.: *L'inefficacia del contratto*, UTET, Torino, 1983.

FERRANTE, A.: “Illecito del figlio minore: nuove prospettive”, *Danno resp.*, 2009, pp. 585 ss.

FERRI, F.: “La responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c.”, *Giur. it.*, 2000, pp. 1409 ss.

FLAMINI, A.: “Colpa”, in ID., *Il danno alla persona. Saggi di diritto civile*, ESI, Napoli, 2009, pp. 211 ss.

FORCHIELLI, P.: *Responsabilità civile*, Cedam, Padova, 1983.

GENOVESE, A.: “Art. 1426”, in AA. VV.: *Codice civile Commentario* (a cura di G. BONILINI, M. CONFORTINI e C. GRANELLI), 4ª ed., UTET, Torino, 2012, pp. 3256 ss.

FRANZONI, M.: *Dell'annullabilità del contratto*, in *Codice civile Commentario* Schlesinger, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2005.

GANGI, C.: *Persone fisiche e persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 1948.

GIORGIANNI, M.: “In tema di capacità del minore di età”, *Rass. dir. civ.*, 1988, pp. 104 ss.

GIORGIANNI, M.: *Della potestà dei genitori*, in AA. VV.: *Commentario al diritto italiano della famiglia* (a cura di G. CIAN, G. OPPO e A. TRABUCCHI), IV, Cedam, Padova, 1992.

LAMARQUE, E.: “Art. 30”, in AA. VV.: *Commentario alla costituzione* (a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI), UTET, Torino, 2006, pp. 622 ss.

LIUZZI, A.: “Trattamenti sanitari su minore tra consenso dell'interessato e potestà genitoriale”, *Fam. dir.*, 2002, pp. 551 ss.

MAJELLO, U.: “Responsabilità dei genitori per il fatto illecito del figlio minore e valutazione del comportamento del danneggiato ai fini della determinazione del contenuto della prova liberatoria”, *Dir. giur.*, 1960, p. 45 ss.

MALOMO, A.: “Art. 2046”, in AA. VV.: *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di G. PERLINGIERI), III ed., ESI, Napoli, 2010, p. 2632 ss.

MALOMO, A.: “Art. 2048”, in AA. VV.: *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di G. PERLINGIERI), III ed., ESI, Napoli, 2010, p. 2636.

MANTOVANI, M.: “Art. 2048”, in AA. VV.: *Dei fatti illeciti* (a cura di U. CARNEVALI), in *Commentario del codice civile* (a cura di E. GABRIELLI), UTET, Torino, 2012, pp. 120 ss.

MANZINI, C.: “Il vantaggio dell'incapace”, *Riv. dir. civ.*, 1980, I, pp. 649 ss.

MARINELLI, F.: “La tutela civile dei soggetti deboli”, *Giust. civ.*, 1994, II, pp. 155 ss.

MASTRANGELO, G.: “La responsabilità dei genitori tra educazione e vigilanza

della prole minore”, *Resp. civ. prev.*, 2010, pp. 548 ss.

MENGA, C.: “Il labile confine tra culpa in vigilando e culpa in educando”, *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 2295 ss.

MESSINEO, F.: “Annullabilità (dir. Priv.)”, in *Enc. dir.*, II, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 480 ss.

MICCIO, R.: *Dei singoli contratti e delle altre fonti delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ.* Utet, UTET, Torino, 1966.

MONATERI, P.G.: *Illecito e responsabilità civile*, II, in *Trattato di diritto privato* (a cura di M. BESSONE), X, Giappichelli, Torino, 2002.

MONATERI, P.G.: *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile* (a cura di R. SACCO), UTET, Torino, 1998.

MORALES MORENO, A.M.: “Anulabilidad del contrato”, in AA. VV.: *Código europeo de contratos* (a cura di C. VATTIER, J.M^a. DE LA CUESTA e J.M^a. CABALLERO), II, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 575 ss.

MOROZZO DELLA ROCCA, P.: “La responsabilità dei genitori, tutori, precettori”, in *La responsabilità civile*, XI, in *Il diritto privato nella giurisprudenza* (a cura di P. CENDON), UTET, Torino, 1998, pp. 39 ss.

PALOMAR BARÓ, A.: “Edad”, in *Nueva enc. jur.*, VIII, Seix-Barral, Barcelona, 1956, pp. 6 ss.

PARDOLESI, R.: “Danni cagionati dai minori: pagano sempre i genitori?”, *Fam. dir.*, 1997, pp. 225 ss.

PARDOLESI, R.: “Genitori e illecito dei minori: una responsabilità da risultato?”, *Danno resp.*, 2010, pp. 368 ss.

PARINI, G.A.: “Responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c.: i genitori sempre devono essere chiamati a rispondere?”, *Rass. dir. civ.*, 2008, pp. 236 ss.

PASETTI, G.: “In tema di responsabilità del genitore per mancata educazione del figlio”, *Giur. it.*, 1949, I, 2, pp. 291 ss.

PASSAGNOLI, G.: “Invalidità del contratto e restituzioni”, *Obbl. contr.*, 2010, pp. 647 ss.

PAVONE LA ROSA, A.: “Nullità ed annullabilità del contratto. Rassegne di giurisprudenza”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, pp. 441 ss.

PELLEGRINO, G.M.: “Art. 1426”, in AA. VV.: *Codice civile* (a cura di P. RESCIGNO), 7ª ed., Giuffrè, Milano, 2008, pp. 2656 ss.

PELLEGRINO, G.M.: “Art. 1441”, in AA. VV.: *Codice civile* (a cura di P. RESCIGNO), 7ª ed., Giuffrè, Milano, 2008, pp. 2674 ss.

PELLEGRINO, G.M.: “Art. 1443”, in AA. VV.: *Codice civile* (a cura di P. RESCIGNO), 7ª ed., Giuffrè, Milano, 2008, pp. 2678 ss.

PERLINGIERI, C.: “Art. 2”, in AA. VV.: *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di G. PERLINGIERI), III ed., ESI, Napoli, 2010, pp. 261 ss.

PERLINGIERI, P. e PISACANE, P.: “Art. 30”, in P. PERLINGIERI: *Commento alla costituzione italiana*, II ed., ESI, Napoli, 2001, pp. 191 ss.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., ESI, Napoli, 2006.

PIZZORUSSO, A.: *Delle persone fisiche*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1988.

POGLIANI, M.: *Responsabilità e risarcimento da illecito civile*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1969.

QUARTICELLI, P.: “La prova liberatoria dei genitori responsabili per culpa in educando ed in vigilando del fatto illecito compiuto dal figlio minore imputabile ex art. 2048 cod. civ.”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 990 ss.

RESCIGNO, P.: “Capacità di agire”, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, II, UTET, Torino, 1988, p. 211 ss.

RODOTÀ, S.: *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964.

ROSSI CARLEO, L.: “La responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c.”, *Riv. dir. civ.*, 1979, II, p. 125 ss.

RUPERTO, C.: “Età (dir. priv.)”, in *Enc. dir.*, XVI, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 85 ss.

RUSCELLO, F.: “Minore età e capacità di discernimento: quando i concetti assurgono a “supernorme””, *Dir. fam.*, 2011, pp. 404 ss.

RUSCELLO, F.: “Potestà genitoriale e capacità dei figli minori: dalla soggezione all'autonomia”, *Vita not.*, 2000, pp. 73 ss.

SALERNO, G. M.: “Art. 30”, in AA. VV.: *Commentario breve alla costituzione* (a cura di V. CRISAFULLI e L. PALADIN), Cedam, Padova, 1990, pp. 221 ss.

SCALISI, A.: “Famiglia e diritti del minore”, *Fam. pers. succ.*, 2006, pp. 815 ss.

SCIONTI, R.: “Sulla responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c.”, *Dir. fam.*, 1978, p. 1414 ss.

SCOGNAMIGLIO, R.: “Responsabilità per fatto altrui”, in *Noviss. Dig. it.*, XV, UTET, Torino, 1968, p. 649 ss.

SCOGNAMIGLIO, R.: *Responsabilità civile e danno*, Giappichelli, Torino, 2010.

SELLA, M.: *La responsabilità civile nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, II, Giuffrè, Milano, 2007.

SETTESOLDI, R.: “Fatto illecito dell’allievo e responsabilità civile: inutile l’accertamento della “culpa in vigilando” dell’insegnante se la condotta del minore rivela un’educazione inadeguata”, *Resp. civ. prev.*, 2000, pp. 73 ss.

STANZIONE, P.: “Costituzione, diritto civile e soggetti deboli”, *Fam. dir.*, 2009, p. 305 ss.

STANZIONE, P.: “Minori (Condizione giuridica dei)”, in *Enc. dir.*, Ann. IV, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 725 ss.

STANZIONE, P.: *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, ESI, Napoli, 1975.

TACCINI, S.: “Il sistema di responsabilità civile dei genitori: tra profili di protezione e di garanzia”, *Danno resp.*, 2008, pp. 5 ss.

TAFARO, L.: *L’età per l’attività*, ESI, Napoli, 2003.

TORTORICI PASTOR, C.: *Minore età e «handicaps» nel diritto civile spagnolo. Profili comparatistici con il sistema italiano*, ESI, Napoli, 1990.

TRABUCCHI, A.: “Dolo (dir. civ.)”, in *Noviss. Dig. it.*, VI, UTET, Torino, 1960, pp. 153 ss.

TRABUCCHI, A.: “Sulla prova liberatoria della presunzione di colpa esimente dalla responsabilità indiretta del genitore”, *Giur. it.*, 1953, pp. 283 ss.

VARDI, N.: “Responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c.: la conferma di una sempre difficile prova liberatoria”, *Resp. civ.*, 2007, pp. 514 ss.

VISENTINI, G.: *Trattato breve della responsabilità civile*, 3^a ed., Cedam, Padova, 2005.

LA ADOPCIÓN ABIERTA EN EL DERECHO ESPAÑOL

OPEN ADOPTION IN THE SPANISH LAW

DR. ELSA SABATER BAYLE
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Pública de Navarra
elsa@unavarra.es

RESUMEN: El reconocimiento del derecho del menor adoptado a mantener contactos o relaciones con sus familiares de origen y sus anteriores acogedores representa un nuevo modelo de adopción en el Derecho español, denominado “adopción abierta”, recientemente introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, que reforma el sistema español de protección de la infancia y la adolescencia. La nueva regulación se inspira en el Derecho de otros países pero tiene precedentes en ciertas normas autonómicas españolas.

PALABRAS CLAVE: Adopción abierta; derecho de visita; cartas y comunicaciones; auto de adopción; mantenimiento de relaciones con la familia de origen por acuerdo judicial; bienestar emocional del menor.

ABSTRACT: The recognition of the right of the adopted children to maintain contacts or relations with their families of origin and previous welcoming, represents a new model of adoption in the Spanish law, which is called “open adoption” and has been recently introduced by law 26/2015, of 28th July, that amends the Spanish protection system childhood and adolescence. The new regulation is inspired by the law of other countries but there are precedents in certain Spanish regional standards.

KEY WORDS: Open adoption; right of visit; letter-box; contact box; adoption order; post adoption contact order; welfare checklist.

FECHA DE ENTREGA: 18/03/2016/FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/05/2016.

SUMARIO: I. “ADOPCIÓN ABIERTA”. CONSIDERACIONES GENERALES.- II. EL PRECEDENTE AUTONÓMICO.- 1. El art. 235-47 CCCat.: reconocimiento del derecho de los menores adoptados a relacionarse con sus familiares.- 2. El derecho de visita de los menores separados de sus familias de origen tras la declaración de desamparo.- 3. El derecho de visita de los menores separados de sus familias de origen en la normativa autonómica anterior a la Ley estatal 26/2015.- 4. El derecho de visita reconocido al menor por el art. 116 de la *Llei* 14/2010 de 27 de mayo, de derechos y oportunidades en la Infancia y la Adolescencia.- 5. Recapitulación.- III. EL PRECEDENTE BRITÁNICO: *ADOPTION ORDER* Y *ADOPTION CONTACT ORDER*.- 1. Líneas generales de la regulación.- 2. Sobre la *adoption order*.- 3. Formas indirectas y alternativas al ‘derecho de visita’.- 4. Ventajas e inconvenientes.- 5. El capítulo octavo del Informe del Parlamento Inglés.- 6. Las nuevas secciones 51A y 51B de la AChA2002 introducidas por la ChFA201 (la *post adoption contact order*).- IV. EL ART. 178.4 DEL CC ESPAÑOL: NOTAS PARA SU FUTURA APLICACIÓN.

I. “ADOPCIÓN ABIERTA”. CONSIDERACIONES GENERALES.

Bajo esta expresión, el legislador español ha añadido un nuevo apartado 4 al art. 178 del CC, para establecer que, cuando el interés del menor así lo aconseje en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa, valorada por la Entidad Pública, podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, con especial atención a las que tengan lugar entre hermanos biológicos.

Corresponde al Juez tomar el acuerdo en tal sentido al constituir la adopción, así como determinar la periodicidad, duración y condiciones de la medida. Por consiguiente, se impone la exigencia legal de hacer constar en la declaración de idoneidad si los adoptantes aceptarían que el hijo adoptado pudiera mantener relaciones con sus familiares de origen.

El establecimiento de la medida por acuerdo judicial se somete a numerosas exigencias legales. No solo consistirá propiamente en establecerla o no, sino también en su posible modificación o finalización en interés del menor. El acuerdo deberá formularse a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal y contar con el consentimiento de las familias adoptante y de origen.

Se dará audiencia al adoptado mayor de 12 años o antes de haber cumplido dicha edad, de acuerdo con su grado de madurez. Y deberá pronunciarse sobre las condiciones, frecuencia y periodicidad de las comunicaciones. Se prevé que en su desarrollo cuente con la intermediación de la Entidad Pública cuando fuere necesario.

Tras la resolución o acuerdo judicial, el desarrollo de las visitas o comunicaciones se sujeta a un seguimiento posterior atribuido a la Administración, que consistirá en la elaboración de informes periódicos al respecto así como, en su caso, propuestas de modificación de las medidas, que deberá ser presentado al Juez durante los dos primeros años y, transcurridos estos, solo si aquél lo solicita. Si se trata de suspender o suprimir las visitas o comunicaciones, podrán solicitarlo así la Entidad Pública, la familia adoptiva, la familia de origen y el menor que cuente con más de 12 años o antes si tuviere suficiente madurez.

El legislador ha introducido esta modificación del Código Civil en el sentido indicado, a través del artículo segundo de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia (en adelante Ley 26/2015). En el apartado III de su “Preámbulo”, dedicado a las variaciones introducidas en el Código Civil, el legislador ha manifestado su intención de incorporar al Derecho español el nuevo modelo de “adopción abierta” inspirado en los ordenamientos de Gran Bretaña, Australia, Nueva Zelanda, Estados Unidos, Austria y Canadá, algunos de los cuales coinciden con el Derecho español en configurar la adopción como una situación que debe ser confirmada por la autoridad judicial y no por simples acuerdos privados entre las familias.

Pero, al margen del concepto que el legislador parece tener de la institución al implantar el nuevo sistema, la expresión “adopción abierta” es en realidad más amplia o ambiciosa, ya que también se ha utilizado comúnmente para designar modelos caracterizados por la transparencia de su proceso de constitución y de las personas que en él intervienen, frente al tradicional sistema de signo secretista, hoy superado, de “adopción cerrada”, conforme al cual el adoptado era literalmente arrancado de su familia de origen y “trasplantado” a la adoptiva para establecer en ella nuevas raíces, con absoluta ruptura de las comunicaciones entre las partes implicadas. Es decir, que la llamada “adopción abierta” puede abarcar aspectos distintos al del mero mantenimiento de contactos del adoptado con sus familiares de origen o con sus anteriores acogedores.

El modelo de adopción abierta basado en la transparencia, representa en realidad una aplicación concreta del derecho del niño a conocer sus orígenes, principio general en materia de menores que, a su vez, encuentra particular expresión en el deber de informar al adoptado de su verdadera situación,

establecido en algunas regulaciones con mayor¹ o menor² intensidad, de manera que se van erradicando progresivamente de nuestra normativa las situaciones en que el adoptado ignoraba la existencia de su otra familia biológica.

¹ Como p.ej. las normas siguientes:

- *Llei* 14/2010, de 27 de mayo, de Derechos y Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia, art. 30.2: “Los niños y los adolescentes tienen derecho a conocer su origen genético, padres y madres biológicos y parientes biológicos”.

- Ley 12/2008 de 13 de julio, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad Valenciana, art. 11: “La Generalitat garantizará el derecho de los menores que hayan sido adoptados a conocer sus propios orígenes, en los términos establecidos en la legislación específica que regula esta materia”.

- Ley Foral navarra 15/2005, art. 39: “El menor sujeto a protección tiene derecho a ... b) conocer acerca de su situación personal, de las medidas a adoptar, su duración y contenido, y de los derechos que le corresponden, para todo lo cual se le facilitará una información veraz, comprensible, adecuada a sus condiciones, continua y lo más completa posible a lo largo de todo el proceso de intervención. (...) i) “conocer, en los supuestos de acogimiento, en función de su edad y capacidad, su historia personal y familiar y, si ha sido separado de su familia de origen de manera definitiva, sus antecedentes culturales y sociales, que serán en todo caso respetado”.

(La norma citada omite la referencia a los derechos de los menores “adoptados”, ya que la reforma del régimen de la familia en que se inserta el tema de la adopción de menores, proyectada por el legislador, es por el momento una de las “asignaturas pendientes” del actual Parlamento de Navarra, como lo establece la disp. ad. 1ª, la L.F. 3/2011, de 17 de marzo, de Custodia de los Hijos en caso de Ruptura de la Convivencia de los Padres).

- Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, de la Junta de Andalucía, de Acogimiento familiar y Adopción, art. 10: “Los menores tendrán derecho a que se les informe, atendiendo para ello a su grado de madurez, sobre las siguientes cuestiones: ... d) condición de adoptado”.

- Ley 3/2011, de 30 de junio, de Galicia, art. 74.2: “Las personas adoptadas tendrán derecho a conocer esta condición, a que se respeten sus antecedentes personales y familiares y a conocer sus orígenes biológicos”.

² Con mayores reservas, otras normas autonómicas reconocen al menor el derecho de información sobre los orígenes, pero dentro de unos límites. Así, entre otras:

- Ley 5/2014, de 9 de octubre, de la Comunidad de Castilla La Mancha, art. 91.4: “Para garantizar el derecho de los menores a conocer sus orígenes biológicos deberán adoptarse las medidas adecuadas, en particular, un procedimiento confidencial de mediación, previo a la revelación, en cuyo marco tanto la persona adoptada como su padre y madre biológicos serán informados de las respectivas circunstancias familiares y sociales y de la actitud manifestada por la otra parte en relación con su posible encuentro”.

- Ley 1/2006 de 28 de febrero, de Protección de Menores de la Rioja, art. 93.2: “ La Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja asegurará la conservación de la información de que disponga relativa a los orígenes del menor, en particular la identidad de sus padres, así como la historia médica del menor y su familia. El acceso del adoptado a dicha información se posibilitará en la medida en que lo disponga la legislación vigente”.

- Ley 3/2005, de 18 de febrero, del País Vasco, de Atención y Protección a la Infancia y Adolescencia, en relación con el acceso de los adoptados a la información sobre sus orígenes: “El acceso efectivo a esta información, en el caso de las personas menores de edad, quedará condicionado a la adecuación del momento evolutivo en el que se encuentre la persona menor de edad y a que tenga suficiente juicio y capacidad para comprender”.

Por otra parte, el cambio de modelo responde al hecho constatado en nuestros días del progresivo incremento de la edad de los menores que se encuentran bajo supervisión de la Administración en espera de ser adoptados, en las diversas situaciones de acogimiento previstas en nuestro ordenamiento jurídico (adopción de “menores-mayores”). Estos niños mayores mantienen por lo general algunas relaciones de convivencia con determinadas personas a través del “derecho de visita” en su caso acordado por la Entidad Pública y, por consiguiente, saben quiénes son sus allegados o familiares y les conocen. Ello les diferencia de la situación propia de los “adoptados-bebés”, antiguamente más frecuente, en la que los niños no habían tenido ocasión siquiera de conocer a sus progenitores o hermanos, por lo que no habían experimentado propiamente el hecho traumático de la “separación” respecto a sus familiares o allegados originarios. Pero este derecho del menor a conocer la verdadera historia de su corta vida plantea a los legisladores nuevos retos y exigencias para conciliar los intereses en juego, no siempre acordes.

El cambio de rumbo sobre los modelos de adopción viene también justificado por la transformación de los objetivos que con ella se persiguen, pues así como en el sistema anterior prevalecían los intereses de las familias implicadas (adopción para remediar carencia de medios para educar al niño, esterilidad de las familias adoptantes, etc.) ahora se tiende a proteger y mejorar el bienestar emocional del menor inmerso en situaciones de desprotección, que podría verse seriamente comprometido al constituirse la adopción debido a la ruptura brusca de las relaciones.

En este contexto, destaca también el problema de las Administraciones para resolver la situación de los menores sujetos a su tutela y establecer las medidas necesarias para su correcta educación y sustento, que determina la necesidad de agilizar al máximo los procesos de adopción para evitar que el transcurso del tiempo lo convierta en una medida poco eficaz. Y señaladamente, el propósito de eliminar la posibilidad de que los recién nacidos y bebés de menos de tres años permanezcan en centros residenciales hasta que se les pueda acomodar en el seno de alguna familia acogedora o adoptiva. El modelo de adopción abierta puede favorecer la superación de los obstáculos que, debido a su carácter definitivo, conlleva habitualmente este proceso, pues han sido frecuentes las incidencias derivadas de la oposición de las personas llamadas a prestar el consentimiento o asentimiento que prolongaban la duración de modo inconveniente para los intereses en juego.

Ahora bien, el fortalecimiento de los limitados vínculos admisibles entre los adoptados y sus familiares anteriores puede entrar en conflicto con las aspiraciones y deseos de las familias adoptantes, con la consiguiente disminución efectiva del número de adopciones constituidas. Se trata de un

efecto contraproducente respecto a los propósitos que se persiguen, por lo que los legisladores se esfuerzan en buscar fórmulas que permitan conciliar los diversos intereses en juego, ya que interesa a la Administración –y éste parece haber sido el motivo principalmente aducido para justificar la reforma del sistema español en este punto- incrementar las adopciones nacionales así como la reducción del número de menores que permanecen provisionalmente bajo medidas de acogimiento familiar simple (ahora denominado “temporal”)³ o en centros residenciales (que ahora se prohíbe en todo caso para los menores de 3 años)⁴. A su vez, interesa a la familia de origen modular la “pérdida” que produce la consolidación de los vínculos de parentesco del niño con su nueva familia y compaginarla con el carácter rotundo y permanente que es propio de su filiación adoptiva, puesto que los progenitores tienden a tratar de evitar la “pérdida” del hijo y su entrega definitiva a otros extraños que lo reciben como propio, por lo que es frecuente la obstinación en negar colaboración y asentimiento para la adopción, lo que complica muchos procesos iniciados⁵. A los adoptantes, les importa consolidar los lazos de filiación establecidos respecto al hijo adoptado, como si éste nunca hubiera tenido otra familia anterior. Y a los “menores-mayores” adoptados, lo que más les interesa de manera inmediata es preservar su estabilidad psíquica y emocional; muy especialmente, poder continuar relacionándose, si no con los padres, al menos con sus hermanos.

Este segundo deseo del menor merece ser especialmente atendido, habida cuenta de que, a la postre, los hermanos son probablemente los parientes cuya existencia tendrá lugar durante la mayor parte del tiempo de la vida del adoptado.

II. EL PRECEDENTE AUTONÓMICO.

En el Ordenamiento español, el derecho del menor separado de la familia con la que convivía (no necesariamente biológica dado que podía ser una familia de acogida), muy en especial, con sus hermanos, se encontraba ya recogido en algunas normas tanto autonómicas como estatales, no solo en relación con menores que se encontraran bajo tutela de la Administración sino también respecto a los menores adoptados⁶, si bien el legislador ha prescindido de mencionar estos precedentes al explicar los motivos de la reforma del art. 178 CC y en su lugar ha manifestado, como hemos indicado

³ Nuevo art. 173-bis, apartado 2, del CC, reformado por art. 2 de la citada Ley 26/2015.

⁴ Nuevo art. 21 apartado 31 de la L.O. 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, reformada por art. 1 L. 26/2015.

⁵ Basta para constarlo un breve repaso de la copiosa jurisprudencia generada sobre los problemas que plantea la falta de los asentimientos necesarios para la adopción.

⁶ V. detalle de esta cuestión, *infra* apartado II.3.

antes, su intención de tomar el modelo de algunos ordenamientos extranjeros, entre los cuales parece haber influido notablemente el precedente británico.

1. El art. 235-47 CCCat.: reconocimiento del derecho de los menores adoptados a relacionarse con sus familiares.

Entre los diversos precedentes del nuevo art. 178.4 CC figura indiscutiblemente el art. 235-47 del Código Civil de Cataluña⁷, precepto introducido por la *Llei* 25/2010, de 29 de julio, de aprobación de su Libro Segundo. Ambas normas se refieren a los efectos que produce la adopción. Ello constituyó en su día novedad respecto a la anterior normativa contenida en el art. 127 del Código de Familia de Cataluña, que había sido aprobado mucho antes, por *Llei* 9/1998 de 15 de julio.

En el art. 235-47 del CCCat., se establece que la autoridad judicial, si bien en forma excepcional y a propuesta de la Entidad Pública competente o del Ministerio Fiscal, puede disponer que se mantengan las relaciones personales del adoptado con la familia de origen, no solamente en los casos que contempla el art. 235-44 del propio Código (que se refieren a determinados supuestos especiales de adopción internacional) sino también “si existen vínculos afectivos cuya ruptura sea gravemente perjudicial para el interés del menor”.

Una somera comparación del régimen que presentan ambos Códigos civiles, tras la incorporación del nuevo apartado 4º en el art. 178 del CC, permite apreciar que el legislador estatal ha abandonado la nota de excepcionalidad que presenta la norma catalana, lo que supone un paso adelante en el reconocimiento del derecho del menor a mantener las relaciones. En cambio no ha seguido la pauta, también marcada por el indicado precepto catalán, de dar entrada al criterio del bienestar emocional del menor, que podría verse gravemente alterado por consecuencia de una separación repentina y autoritaria de sus familiares de origen o de otras personas (vgr., acogedores, guardadores, etc.) con las que hubiera convivido antes de ser adoptado.

Sin embargo, este último aspecto psicológico forma parte de ciertos derechos del niño que son de superior rango, puesto que, aun cuando no se encuentra expresamente recogido en la L.O. 1/1996 de Protección Jurídica del Menor (arts. 3 a 9), ni siquiera tras la reforma que, a su vez, ha experimentado tal

⁷ En adelante, CCCat.

norma por las disposiciones contenidas en el art. 1 de la L.26/2015⁸, puede entenderse implícitamente reconocido en el Derecho español, por la remisión del art. 39.4 de la Constitución⁹ a los Convenios internacionales suscritos por el Estado que lo contemplan¹⁰.

En el Derecho de Gran Bretaña, en cambio, este derecho al bienestar psicológico del niño aparece expresamente mencionado en la llamada *Welfare-Checklist*¹¹ o relación de los aspectos que deben ser considerados por los tribunales en sus resoluciones que se refieran a menores, a su vez, de variada tipología. Se encuentran formulados en la ley británica de menores¹² que lo define como el deber de respetar los manifiestos sentimientos y deseos del niño en cuestión, considerados a la luz de su edad y su capacidad de entendimiento, así como sus necesidades emocionales.

Ajeno a este último propósito, el legislador estatal español no ha incorporado el principio de respeto a los sentimientos del menor, con ocasión de la reforma de la Ley Orgánica de Protección del Menor 1/1996, llevada a cabo

⁸ V. L.26/2015, “Preámbulo”, apartado II, en donde se resumen los objetivos de las modificaciones introducidas en la L.O. 1/1996.

⁹ V. una exposición sistemática de los textos internacionales y constitucionales relativos a los derechos del niño, en RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (coord.): *Derecho de la Persona*, Barcelona, 2011, (pp. 51 a 66 del Cap. 2, *Marco internacional e interno del Derecho de la infancia y la adolescencia*); VILLAGRASA ALCAIDE, C./ RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (coords.): *Por los derechos de la infancia y la adolescencia: un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los derechos del niño*, Barcelona, 2009, pp. 55 a 77 (por VILLAGRASA ALCAIDE, C.); CABEDO MALLOL, V.: *Marco constitucional de la protección de menores*, Madrid, 2008, entre otros muchos trabajos más recientes publicados por dichos autores.

¹⁰ Así, entre otros:

- Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950
- Convenio de Bruselas, núm. 6, de la Comisión Internacional del Estado Civil (12 de septiembre de 1962) sobre determinación de la filiación materna de los hijos extramatrimoniales (ratificado el 17 de abril de 1984)
- Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989
- Convenio de la Haya sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional de 20 de mayo de 1993
- Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por Resolución del Parlamento Europeo de 8 de julio de 1992 / (A3-0172/92).

(citados por GARCÍA VILLALUENTA, L., y LINACERO DE LA FUENTE, M^a. A.: *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes, en España y en el Derecho comparado*, Observatorio de la Infancia. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006, pp. 70 a 76).

¹¹ Sobre la *Welfare-checklist*, V.entre otros BURTON, F.: *Family Law*. 1^a ed., London, 2003, pp. 401 y más ampliamente, pp. 421 y 422.

¹² *Children Act* de 1989, secc. 1, apartado 3.a): *in the circumstances mentioned in subsection (4), a court shall have regard in particular to: (a) the ascertainable wishes and feelings of the child concerned (considered in the light of his age and understanding); (b) his physical, emotional and educational needs.*

por el art. 1 de la Ley 26/2015, que parece inclinarse por otros factores relativos a los criterios convenientes para optimizar la organización administrativa del sistema estatal de protección de la infancia y adolescencia, bajo el lema de otorgar preferencia de las medidas de carácter estable sobre las temporales, las familiares sobre las residenciales y las consensuadas sobre las impuestas¹³. Tampoco aparece mencionado en el art. 178.4 CC, aun cuando en este texto aparezcan remisiones genéricas al interés del menor.

De todo ello se colige que el nuevo sistema de protección de los derechos de la infancia y la adolescencia tiende preferentemente a potenciar la adopción nacional como un medio óptimo de dar solución a la situación de los menores entregados a la custodia de la Administración, puesto que reúne las características de estabilidad o permanencia, carácter familiar y consensuado, sobre las medidas de protección propiamente dichas, tales como el acogimiento familiar y residencial en sus distintas modalidades. En suma, la reforma se centra ante todo en mejorar las medidas de protección y centralizar su regulación; y refleja la intención de optimizar la intervención administrativa en materia de menores. Pero quizá no ha destacado suficientemente ciertos derechos básicos del menor adoptado, que por el contrario ya estaban contemplados en algunas regulaciones autonómicas más avanzadas, por lo que, desde este otro punto de vista, parece un tanto retrógrada.

2. El derecho de visita de los menores separados de sus familias de origen tras la declaración de desamparo.

La regulación del derecho de visita, ampliamente reconocido para los menores que se encuentran bajo la tutela de la Administración y enunciado en el art. 161 CC, puede considerarse un precedente indirecto de la nueva medida instaurada en el art. 178.4 del CC relativo a los adoptados, ya que postula el derecho de los niños declarados en situación de desamparo a relacionarse con la familia biológica con la que, por decisión administrativa, ha cesado la convivencia.

En la versión inmediatamente anterior a la reforma del art. 161 CC, este precepto autorizaba al Juez a determinar, a petición de los familiares de origen del menor, la medida relativa a las relaciones. En la nueva redacción de la norma¹⁴ se sustituye la autoridad judicial que antes se indicaba en el texto, por la administrativa, y se traslada la iniciativa para solicitar el derecho de visita (que antes se atribuía a los familiares biológicos) a las familias

¹³ V. Ley 26/2015, “Preámbulo”, apartado I.

¹⁴ Dada por el art. 2, apartado 11, de la Ley 26/2015.

acogedoras o en su caso los directores de Centros residenciales de menores, quienes podrán también solicitar en su caso la supresión o modificación de la medida. De manera que el mantenimiento de contactos y relaciones podrá tener lugar por resolución de la Administración, no solamente con los familiares biológicos, sino además, con anteriores acogedores, según los casos¹⁵.

La reforma del art. 161 CC es en este punto de signo restrictivo de los intereses del menor, puesto que es más probable que soliciten el derecho los padres biológicos, de acuerdo con el menor, que las familias acogedoras; si bien, en el apartado último de la norma se les incluye entre los legitimados para formular oposición a la suspensión del régimen de visitas del menor con sus familiares que en su caso hubiera podido haber acordado la Administración.

Traemos a colación la norma del art. 161 CC porque entendemos que, de la lectura de lo dispuesto en el nuevo apartado 4 del art. 178 CC relativo al contenido de la adopción abierta, se puede deducir que el derecho del menor sujeto a la tutela de la Administración a mantener las relaciones con la familia, se extiende ahora sustancialmente (es decir, bajo diversas formas posibles de mantener las comunicaciones) a los menores adoptados.

3. El derecho de visita de los menores separados de sus familias de origen en la normativa autonómica anterior a la Ley estatal 26/2015.

El derecho de visita de los menores adoptados respecto a sus familiares de origen aparecía contemplado en ciertas normas autonómicas.

Así, entre otras, el Código Civil de Cataluña establecía que “La autoridad judicial, excepcionalmente, a propuesta de la entidad pública competente o del ministerio fiscal, puede disponer que se mantengan las relaciones del adoptado con la familia de origen en los supuestos a que se refiere el artículo 235-44.4 [que se refiere a las adopciones internacionales], o si existen vínculos afectivos cuya ruptura sea gravemente perjudicial para el interés del menor”¹⁶.

Según la normativa de Andalucía “Los menores acogidos tendrán derecho a mantener contacto con sus familias biológicas, directamente o a través de los diversos procedimientos de comunicación, sin que aquél deba ser

¹⁵ Lo que, si bien puede quizá favorecer el bienestar psicológico del menor, no deja de complicar la relación social especial que mediará en adelante entre estas tres (o cuatro, contando con los acogedores) partes implicadas en ella.

¹⁶ CCCat., art. 235.47, apartado 4, citado anteriormente (subrayados nuestros).

interrumpido más que en los casos en que el equipo técnico haya constatado un grave riesgo de perjuicio físico o psíquico para los menores. (...)”¹⁷.

En Galicia, también se había contemplado este derecho, respecto a los hermanos de la familia biológica, en los términos siguientes: “Las personas menores de edad tendrán derecho a conservar los vínculos afectivos con sus hermanos y hermanas, y a tal fin la Administración de la Xunta de Galicia procurará que todos ellos sean acogidos o adoptados por una misma persona o familia, y, en caso de separación, tratará de facilitar la relación entre ellos y ellas”¹⁸.

En parecido sentido se expresaba la normativa del País Vasco: “Las personas menores de edad tendrán derecho a conservar las relaciones personales con sus hermanos/as y, a tal fin, se procurará que todas ellas sean adoptadas por la misma persona o familia y, en caso de separación, se tratará de facilitar la relación entre las mismas, salvo en los casos en que se valore un grave riesgo de perjuicio en el bienestar de alguna de ellas”¹⁹.

Sin ánimo de ser exhaustivos en esta ocasión, las anteriores normas citadas permiten apreciar que existían en los ordenamientos autonómicos normas relativas al derecho de visita de los menores adoptados, respecto a sus familiares de origen, de manera que las previsiones del art. 178.4 CC no representan realmente una novedad destacable en el conjunto del ordenamiento español.

4. El derecho de visita reconocido al menor por el art. 116 de la *Llei* 14/2010 de 27 de mayo, de derechos y oportunidades en la Infancia y la Adolescencia.

Esta norma establece en sus apartados 1º y 3º que la declaración de desamparo y posterior determinación de alguna medida de protección no debe impedir la comunicación, relación y visitas del niño con sus familiares, siempre que ello no sea contrario al interés superior del menor. La norma impone a la Administración la obligación procurar los mecanismos necesarios para que la visita tenga lugar en los momentos que sean temporalmente más adecuados y a ser posible fuera del horario escolar. Dispone además, en su apartado 2º, que las resoluciones limitativas o excluyentes de este derecho, aunque sea por silencio administrativo, son impugnables ante la jurisdicción civil.

¹⁷ Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, de la Junta de Andalucía, de Acogimiento Familiar y Adopción, art. 9.

¹⁸ Ley 3/2011, de 30 de junio, de Galicia, art. 74 apartado 1.

¹⁹ Decreto 114/2008, de 17 de junio, del Gobierno Vasco, art. 6 apartado 1.

Ahora bien, el citado art. 116 excluye en su apartado 2^a el derecho de visita, en el supuesto de que se haya dictado una resolución firme de acogimiento preadoptivo, extremo que corrobora el art. 147 de la propia norma²⁰.

Probablemente, estas disposiciones de signo restrictivo del derecho de visitas, tratan de evitar el llamado “conflicto de lealtades” del menor en cuanto a sus dos familias; pero, si bien se mira, la norma catalana deja una puerta abierta al mantenimiento de las relaciones, aún en el supuesto indicado, si así fuera considerado conveniente para el interés superior del menor; y, por otra parte, no establece la finalización de las relaciones y visitas, sino tan solo su eventual “suspensión”.

Por lo demás, la subsistencia o no de la medida de acogimiento preadoptivo por la que en principio de deba poner fin a las visitas del menor con sus familiares, a la que se refieren el art. 116 citado y otras normas autonómicas, queda en entredicho tras la reforma del régimen del acogimiento introducido por la ley estatal 26/2015 en los arts. 160 y 173-bis del CC en la nueva versión y su sustitución por la nueva figura del “guardador con fines de adopción” (mencionado en el nuevo art. 176-bis, apartado primero, del Código civil).

5. Recapitulación.

El derecho del menor a mantener relaciones con sus familiares de origen se encontraba reconocido, para los niños adoptados, en el art. 235-47 CCCat. entre otras normas autonómicas, y para los menores separados de sus familias después de la declaración de desamparo en general, en el art. 161 CC, que ha sido reformado por la Ley 26/2015, art. 2 apartado 11, así como en otras normas autonómicas relativas a los derechos de la infancia.

La anunciada novedad de la reforma del art. 178.4 consiste por ello, precisamente, en llevar al CC un derecho a favor de los adoptados que hasta ahora el Código solo reconocía a los que se encontraban separados de sus familiares por virtud de una medida administrativa subsiguiente a la declaración de desamparo; y que solo algunas normas autonómicas como la

²⁰ Art. 147 *Llei* 14/2010: “Una vez firme la resolución de acogimiento preadoptivo deben suspenderse las visitas y las relaciones con la familia biológica, para conseguir la mejor integración en la familia acogedora, si conviene al interés del niño o del adolescente” (subrayado nuestro).

La limitación mencionada recuerda a la que tuvo lugar, en el Derecho de Gran Bretaña, recogida en la sección 26 de la *Children Act* de 2002 (sobre la que volveremos más adelante).

del art. 235-47 CCCat. contemplaban para los adoptados²¹.

El legislador español se ha pronunciado expresamente a favor de extender a los adoptados el derecho de comunicaciones y visitas, que antes se les reconocía solo en la fase anterior a la adopción, contra la regulación anterior, en que este derecho se encontraba discutido para los adoptados, en atención a los obstáculos que podía suponer para la efectiva integración del menor en una nueva familia.

Una cuestión no resuelta en estos momentos es la de considerar cual será el impacto que el nuevo art. 178.4 CC tendrá sobre las legislaciones autonómicas que solo reconocían el derecho de continuar relacionándose con la familia de origen a los niños que se entregaran en acogimiento pero no en los casos de ser adoptados. Consideramos que podrá solucionarse a través de la aplicación de la normativa estatal por vía de Derecho supletorio, aunque su carácter mixto entre Derecho público y privado puede dificultar esta solución en las Comunidades Autónomas carentes de competencias legislativas en materia de Derecho civil.

III. EL PRECEDENTE BRITÁNICO: *ADOPTION ORDER* Y *ADOPTION CONTACT ORDER*.

1. Líneas generales de la regulación.

En el Derecho británico actual, la adopción se encuentra totalmente reglamentada en normas escritas, tales como *Adoption and Children Act de 2002* (en adelante, AChA2002), que sustituyó otra anterior (*Adoption Act de 1976* en vigor desde 1988), completada con algunas disposiciones contenidas en la ley de menores o *Children Act de 1989* (en adelante ChA1989)²². El sistema ha experimentado una reciente transición, debido a las alteraciones que ha introducido la reciente *Children and Families Act* promulgada el 13 de marzo 2014 (en adelante, ChFA2014), uno de cuyos más relevantes propósitos se refiere a la “recuperación” de las órdenes de contactos post adoptivos.

²¹ Abona esta interpretación la previsión contenida en el art. 160 CC apartado 1 final: “Los menores adoptados por otra persona, solo podrán relacionarse con su familia de origen en los términos previstos en el art. 178.4”.

²² Sobre la historia de las regulaciones británicas precedentes en materia de adopción, V., entre otros, BURTON, F., *Family Law*, cit., pág. 477; HERRING, J., *Family Law*, 2001, pp. 525 y ss.; WELSTEAD, M., & EDWARDS, S., *Family Law*, Oxford University Press, 2006, pp. 191 ss.,

Sobre la *Adoption and Children Act 2002*, V. DIDUCK, A., *Law's Families*, ed. Lexis Nexis, Edimburg 2003, pp. 204 ss.

Sobre la *Children Act 1989*, V. STANDLEY, K., *Family Law*, 5ª ed., Hampshire-New York 2006, pp. 300-319.

Según las citadas disposiciones, el Estado mantiene un servicio de adopciones que somete a la supervisión de las autoridades administrativas locales (*local authorities*) y al control de tribunales de justicia, a los que corresponde acordar las resoluciones judiciales de adopción (*adoption orders*). Estas órdenes se basan en acuerdos previos (*arrangements*) que pueden establecerse privadamente entre la familia de origen y la adoptante, o también a través de los “servicios locales”, aunque es más frecuente acudir para conseguirlas a unas agencias independientes acreditadas y supervisadas por el Estado. Las “agencias de adopción” agilizan los procesos, que duran unos tres meses a partir de la aceptación de la solicitud de adopción²³; seleccionan a los adoptantes mediante informes de un panel de expertos; “casan” o cierran esta selección también respecto a la lista de niños en espera de ser adoptados, y posteriormente, desarrollan importantes servicios de seguimiento, apoyo profesional, y mediación²⁴.

La nueva ChFA2014 aborda entre otras cuestiones las resoluciones judiciales de contacto relativas a los niños adoptados mediante la oportuna *adoption order*, y que pueden ser acordadas judicialmente en diversas fases del procedimiento de adopción (antes de la constitución, tras la *placement order* o acuerdo de colocación del niño en una familia de futuros adoptantes) o con ocasión de la constitución de la adopción (a través de la *adoption order*) en cuyo caso se trata de la *post adoption contact order*, que es la que ahora nos ocupa, y ha sido establecida en el año 2014 no sin generar intensa polémica en el ordenamiento británico.

La AChA2002 cuenta con cinco capítulos que sucesivamente se refieren a los servicios de adopción, la colocación o acomodación de los niños en familias y diversos tipos de órdenes judiciales (*placements orders*, contempladas en las secciones 18 a 65), el estatuto jurídico del menor adoptado (secciones 66 a 76), los registros de adopciones (uno general y otro especial para anotar las solicitudes de contactos post adoptivos, cuyo régimen establecen las secciones 77-79 y 80-81 respectivamente) y las adopciones con algún elemento de extranjería (secciones 83 a 91).

Muy a grandes rasgos, el sistema coincide con el español en varios puntos: así, el Estado supervisa y controla los procesos de adopción de menores mediante los correspondientes servicios públicos de apoyo y gestión de los mismos, que se confían a las autoridades locales (*local authorities*) a las que compete la preparación de los expedientes de propuesta previa que culminarán en resoluciones judiciales de adopción (*adoption orders*).

Por tanto, en ambos sistemas, inglés y español, las adopciones de menores en

²³ V. sobre este punto <https://www.gov.uk/child-adoption/adoption-assessment>.

²⁴ Se refiere a todo ello la AChA2002 en sus secciones 9 a 17.

que deba intervenir la Administración serán objeto de un doble control, primeramente administrativo a través de las entidades locales, y posteriormente judicial (mediante las órdenes o acuerdos judiciales de adopción, entre nosotros, Autos). Todo ello queda regulado en forma detallada en la AChA2002 y otras que la complementan, con algunas diferencias destacables respecto al sistema español, como por ejemplo, el relativo al régimen de los registros de adopciones²⁵; y señaladamente, respecto al papel que se otorga a las agencias de adopción, públicas o privadas, en la canalización y gestión de los procesos, así como en sus funciones de mediación.

Los servicios públicos de adopción locales centralizan la información sobre los futuros adoptados, sus padres naturales o tutores y los futuros adoptantes. Deben proporcionar informaciones a los interesados en los procesos, así como prestar servicios de evaluación de las necesidades y soporte a los intervinientes en los procesos.

Corresponde a las entidades locales elaborar y publicar la planificación de las actividades de sus servicios de adopción, así como también llevar el control de las agencias y sociedades independientes que desarrollan labores de mediación retribuida en los correspondientes procesos²⁶.

Los servicios de adopción deben proporcionar periódicamente estadísticas y otras informaciones al Ministerio competente.

2. Sobre la *adoption order*.

Según la normativa británica²⁷, esta expresión designa la resolución judicial dictada a favor de una pareja o matrimonio, o también de una persona sola, independientemente de su orientación sexual, que le confiere la responsabilidad parental de un menor y extingue la que anteriormente detentaban otras personas. Puede recaer sobre un menor anteriormente adoptado, pero no sobre una persona casada o que lo hubiera estado previamente, ni sobre los que hubieran cumplido los 19 años. Antes de

²⁵ AChA2002 secciones 77-82, que instituyen el Registro de Menores Adoptados así como el Registro de Contactos entre adoptados y sus familiares, en el que se inscribe a los adoptados en cuyo favor se hayan dictado las *post-adoption contact orders*.

²⁶ Los honorarios que cobran tanto las agencias como los servicios de adopción de las entidades locales oscilan alrededor de las 27000 Libras y varían según las distintas situaciones.

V. al respecto. noticia publicada por la *British Association for Adoption & Fostering*, http://www.baaf.org.uk/webfm_send/3161.

²⁷ AChA2002, secc. 46

formular la orden judicial, el tribunal debe considerar la posible existencia previa de *arrangements* que permitan al niño relacionarse con otras personas distintas de los adoptantes. Para la resolución judicial de adopción se exige además el consentimiento de los padres o tutores anteriores del niño, salvo dispensa. Se exige a los solicitantes estar domiciliados en territorio británico y haber residido en el mismo con anterioridad mínima de un año, así como una edad de al menos 21 años en los adoptantes²⁸.

Para establecer la adopción, el Juez puede también otorgar a los menores adoptados el derecho a seguir manteniendo contactos y relaciones con sus familiares de origen, mediante una resolución especial denominada *post adoption contact order*, de conflictiva consideración en el Derecho británico tradicional, cuya procedencia y regulación ha sido abordada por la nueva ChFA2014. Esta norma ha incorporado a la AChA2002 dos nuevas secciones dedicadas a la materia, no sin intenso y profundo debate crítico sobre sus ventajas e inconvenientes, que ha llevado al legislador a establecer ciertos límites. Se cuestiona ahora como se desarrollará en adelante la aplicación práctica de la medida por parte de los tribunales, reacios en principio a admitirla.

3. Formas indirectas y alternativas al “derecho de visita”.

Los contactos con la familia de origen después de haberse constituido la adopción han sido tradicionalmente vistos con recelo por los tribunales de Gran Bretaña que, hasta la reforma, se inclinaban por favorecer la completa ruptura. Algunos juristas han considerado que no solo su “establecimiento” (en los raros casos en que ello pueda tener lugar en la actualidad, salvo que se trate de adopciones internacionales) sino también su “mantenimiento” tras la constitución de la nueva situación (que es de lo que ahora se trata), se aviene mal con los propósitos inherentes a todo proceso de adopción, por lo que con el tiempo se han ido formulando algunas soluciones intermedias interesantes tales como las siguientes:

La *Letter-box*.

Así, se ha extendido una práctica consistente en establecer determinados planes de contacto acordados, que la Administración controla a través de las agencias de adopción. Por regla general, en ellos se prevén formas indirectas de comunicación tales como las cartas que se intercambian los interesados

²⁸ V. página oficial del Gobierno U.K. sobre las etapas básicas del proceso.

<https://www.gov.uk/child-adoption/overview>

<http://www.adoptionuk.org/>

una o dos veces al año (sistema de la *letter-box*), las fotografías y tarjetas, o la participación en las redes sociales, pero evitando establecer medidas que consistan en entrevistas cara a cara (*face to face*). Las visitas presenciales entre el menor y sus familiares mayores se sustituyen por dicho sistema indirecto (genéricamente denominado *contact-box*) salvo en el caso de los hermanos, en el que aquéllas se encuentran más comúnmente admitidas.

El *Life story work*.

Igualmente tiene lugar la práctica de terapia psicológica de indicar a los niños que redacten un relato llamado *life story work* en el que traten de reunir las informaciones que consigan y recuerden sobre sus orígenes, hasta conocer su situación actual, en la medida de su edad y grado de madurez.

Aunque ello pueda parecer traumático para el niño, desde una perspectiva psicológica se ha observado que dicha actividad puede ayudarle a elaborar los procesos de construcción de su propia identidad y conexión de su presente y futuro respecto a su pasado. Puede también ser útil para conocer su origen cultural, étnico y religioso.

Ello tiene lugar especialmente en relación con niños mayores y escolarizados, que integran en sus deberes escolares cotidianos este trabajo, cuya duración aproximada es de un año.

Pero el desarrollo de dicha actividad también puede incentivar la curiosidad del niño sobre ciertas cuestiones –vgr., desgracias familiares, situaciones de maltrato hacia su persona, desestructuración familiar, etc.- que no siempre le conviene conocer mientras no tenga la suficiente madurez, por lo que se ha determinado que estas prácticas se sujeten a planificación y, lo que es más efectivo, se canalicen a través de las agencias de adopción, que actúan como mediadoras, en la forma que se considere más conveniente sobre todo para el bienestar emocional del menor²⁹.

4. Ventajas e inconvenientes.

Una vez culminado el abandono del modelo antiguo de adopciones cerradas en que se ocultaba al niño toda información sobre sus familiares y el hecho

²⁹ V. la perspectiva que ofrece DOGSON, L.: *Barrister*, en *Post-adoption Contact: All change or more of the same?*, 11 noviembre 2014 (11 noviembre 2014) <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed136606>

mismo de la adopción, se ha generalizado en las legislaciones un sistema antagónico con el anterior que consiste en imponer a los padres adoptantes la obligación legal de informar al niño de que es adoptado y tiene otros familiares de origen.

Este modelo abierto basado en la transparencia no deja de tener aspectos positivos, pero indudablemente también presenta inconvenientes, por lo que no es fácil para el legislador establecer cuáles son sus límites³⁰.

Entre los aspectos positivos se han mencionado los siguientes:

- El hecho de revelar a los niños la verdad sobre los parientes de origen contribuye a evitar futuras decepciones que podrían plantearse más adelante cuando la descubrieran.
- El conocimiento por parte del niño de que los miembros de la familia de origen muestran interés y preocupación por sus progresos escolares a pesar de no convivir con él, contribuye a reforzar su autoestima y le ayuda a construir su identidad.
- El mantenimiento de contacto con los parientes de origen, que se encuentran “desaparecidos” de su entorno vital, puede contribuir a evitar que se produzcan en el menor reacciones de rechazo a establecer nuevas vinculaciones afectivas con la familia adoptante.
- También puede ayudar a los parientes de origen a resolver su aflicción por la pérdida del hijo y conseguir informaciones sobre su devenir o su nueva vida.
- Es reconfortante para los adoptantes como padres constatar que la conflictiva cuestión del mantenimiento de contactos con la familia biológica se está abordando de manera planificada y cuenta con soporte profesional.

Por lo que se refiere a los aspectos negativos destacan los siguientes inconvenientes:

- El contacto directo con la familia de origen puede tener implicaciones negativas para la capacidad del niño de establecer vínculos con su nueva familia adoptiva y paralizar o dificultar sus sentimientos de pertenencia y permanencia en ella.
- En caso de que los contactos resultaran negativos para el adoptado, ello podría perjudicarlo doblemente, por representar para él un segundo rechazo;

³⁰ V. al respecto, DOGSON, L, cit.

pero, aun cuando resultaran positivos, siempre pueden causar tensión emocional al menor, especialmente cuando se trate de niños mayores.

- Puede llegar a ser muy difícil para los padres adoptantes el mantenimiento de una relación positiva con los familiares de origen, según fueran las circunstancias en que los niños fueron removidos de la custodia de ésta (así en los casos de haber precedido a la adopción situaciones de abandono y maltrato infantil).

- Existe el riesgo de que las familias de origen utilicen el contacto con el niño para menoscabar la decisión de su entrega en adopción, incluso involuntariamente.

Estos y otros debates acerca del mantenimiento de comunicaciones con la familia de origen por parte de los niños adoptados han surgido en el seno del Parlamento británico con ocasión de la promulgación de la ChFA2014, según documento publicado oficialmente al que nos referimos seguidamente.

5. El capítulo octavo del Informe del Parlamento Inglés.

Con ocasión de la elaboración de la norma de 2014 que introdujo las medidas de contactos post adoptivos, el Parlamento inglés emitió un informe detallado en el que se exponen las dificultades que presentaba el nuevo sistema³¹.

Dicho texto parte del efectivo incremento de edad de los menores en adopción, que les hace más propensos a mantener fuertes vinculaciones con sus familiares biológicos, por lo que los tribunales habían dudado acerca de la conveniencia de tomar en consideración los posibles acuerdos existentes en favor de aquéllos a la hora de dictar las *placement orders* que resuelven entregar los niños a sus futuros adoptantes.

La idea que subyace en esta resistencia de los tribunales británicos era su rechazo a imponer medidas de mantenimiento de contacto post adoptivo contra la voluntad de las familias adoptantes, así como también el propósito de reducir su propia intervención a una mera función principal de homologación de los planes que hubieran sido previamente establecidos por acuerdo entre las dos familias.

³¹ El texto del Informe, titulado *Adoption: Post-legislative Scrutiny - Select Committee on Adoption Legislation*, fue publicado por el Parlamento el 6 de marzo de 2013. Puede consultarse en la página oficial del mismo.
<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201213/ldselect/ldadopt/127/127.pdf>.

En cuanto a la forma de las comunicaciones, el texto puso de manifiesto que se había constatado la infrecuencia de entrevistas directas o presenciales y que muchas familias adoptivas recurrían al sistema de *contact-box*, consistente en particular en el cruce de cartas una o dos veces al año para intercambiar informaciones relativas al menor con los padres biológicos, por medio de las agencias de adopción, con el fin de preservar así la identidad y localización de la familia adoptante. Las entrevistas presenciales eran más comunes entre los hermanos.

La principal preocupación que había suscitado la aplicación práctica de la AChA2002³² era ante todo recordar al legislador que los contactos deben establecerse en beneficio del niño y no de los padres u otros parientes, así como la conveniencia de que las decisiones al respecto se determinen de manera individualizada, en atención a las necesidades particulares de cada niño, y se prescinda de establecer decisiones globales que conlleven mandatos en abstracto para ser realizados en todos los casos. Ya que lo que beneficia a los niños es contar con alguna forma de continuidad que les permita integrar el pasado con el presente y obviamente con el futuro, más que mantener las relaciones con la familia biológica de la misma manera en que anteriormente se habían desarrollado.

Se puso de relieve además, en el documento citado, el papel que puede jugar el hecho de facilitar a los niños las relaciones con sus familiares originarios, para asumir su pasado y permitirles robustecer y conformar el sentido de su identidad. En esta línea se manifestó que la práctica de compartir con el niño el conocimiento de los motivos por los que fue adoptado, favorece la elaboración del trabajo sobre su historia vital (*life-story work*) y forma parte importante del contenido de dicho relato.

En el texto se destacó asimismo el negativo impacto de permitir contactos no autorizados y mantenidos por iniciativa privada de la familia biológica o del propio niño, situaciones que estaban prohibidas con anterioridad en la antigua ChA1989 (secc. 1), ya que las comunicaciones no supervisadas presentan varios peligros, como los de poner en riesgo la firmeza y seguridad de la colocación en la nueva familia, causar profundo desencanto y perturbación entre los adoptantes, y llegar a comprometer incluso la propia integridad física del niño.

En esta última línea, se hizo alusión a una consulta que el Gobierno británico realizó y publicó en agosto de 2012, en el que algunas autoridades comentaron que, aun cuando sea siempre bien intencionado, el contacto posterior a la adopción causa con mucha frecuencia daños a los niños, por lo

³² Destacada por la Diputada para la Comisión de la Infancia en el Parlamento inglés, Sue Berelowitz.

que su permisión y mantenimiento resulta hiriente y poco atractiva para los adoptantes.

6. Las nuevas secciones 51A y 51B de la AChA2002 introducidas por la ChFA201 (la *post adoption contact order*).

Con dichas reservas, el proyecto de ley salió adelante y por ello la posibilidad de los adoptados de mantener las relaciones con sus familiares de origen y otros allegados, ha sido recientemente incorporada a la AChA 2002, en dos nuevas secciones, 51A y 51B, introducidas por la ChFA2014 (sección 9ª).

Con anterioridad, las llamadas *post adoption contact orders* se encontraban prohibidas, ya que las establecidas previamente en aplicación de la sección octava de la ChA1989, quedaron extinguidas por virtud de las prohibiciones contenidas en la secc. 26 de la AChA2002 (para los niños destinatarios de la *placement order*, o entrega a futuros adoptantes), y 46 (para los niños adoptados mediante la *adoption order*).

La nueva sección 51A, redactada tras la reforma de 2014, establece ahora en su párrafo (3), apartados a) a e), que las relaciones podrán ser acordadas por los jueces tanto en el momento de que los niños sean colocados en una familia que haya solicitado adoptarlos (situación parecida a la que entre nosotros se conoce hasta la reciente reforma como de “acogimiento preadoptivo”) como en el momento de constituirse la adopción o incluso con posterioridad al mismo.

Las personas susceptibles de ser mencionadas a estos efectos en la *order* son los progenitores biológicos del niño así como sus consortes o parejas de hecho, los tutores o guardadores anteriores del menor, o cualquier persona con quien el niño hubiera convivido anteriormente durante al menos un año.

Pueden solicitar que se dicte la orden para el mantenimiento de las relaciones con los otros familiares, los solicitantes de adopción o los adoptantes, el propio niño, y cualquier otra persona que haya obtenido licencia judicial para formular la solicitud.

La nueva sección 51B se refiere al contenido de estas *post adoption contact orders*: pueden incluir indicaciones sobre cómo se llevarán a efecto los contactos; sujetarse a condiciones y requisitos que el tribunal considere apropiados; pueden ser modificadas o revocadas por el tribunal a instancia del niño, de los adoptantes o de las personas nombradas en la orden; se prevé que su eficacia se prolongue como máximo hasta que el niño cumpla los 18 años salvo que antes sean revocadas: etc.

Se han vertido comentarios al respecto en medios profesionales. Así el abogado Lance DOGSON, ha manifestado que la nueva normativa es contraria a la jurisprudencia de los tribunales británicos³³, que habitualmente se habían pronunciado en contra del sistema de adopción abierta. Señala también que la normativa deja abiertas algunas cuestiones puntuales que solo el atento estudio de la futura interpretación y aplicación será capaz de resolver.

IV. EL ART. 178.4 DEL CC ESPAÑOL: NOTAS PARA SU FUTURA APLICACIÓN.

En realidad, el nuevo texto que se ha introducido en el Código Civil español contiene en primer lugar un mandato genérico, dirigido a un destinatario indefinido, o a un destinatario no personificado sino conjunto entre todas las autoridades llamadas a velar por el bien del menor, por el que “podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación” del adoptado con su familia de origen, siempre que así lo aconseje su interés superior y en razón de circunstancias particulares sobre la familia, edad, u otras que se consideren significativas, según la valoración de la Entidad Pública.

El mandato al Juez aparece a continuación. Pero su contenido se limita a facultarle (“podrá acordar”) tanto para ordenar el mantenimiento de las relaciones, como para modificarlas o prohibirlas, por lo que esta toma decisión descansa en su libertad de apreciación. Si el Juez manifiesta alguna decisión al respecto, en sentido positivo o negativo, la norma le ordena contar con el consentimiento de las dos familias (la de origen y la adoptiva) y prestar audiencia al menor. También le ordena actuar, en el caso de que así lo decida, “a propuesta” de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal, de donde se deduce que, si decide actuar, resultará necesario contar con una propuesta previa en cualquiera de los diversos sentidos. Nada se ha previsto expresamente para el caso en que el Juez resuelva no intervenir y abstenerse

³³ DOGSON, L., cit. El autor menciona los siguientes casos: en *Re P (Placement Orders: parental Consent)* [2008] EWCA Civ 535, se subraya el carácter altamente excepcional de esta medida; en *Re J (A Child) (Adopted Child: Contact)* [2010] EWCA Civ 581, el tribunal de apelación se sumó a la interpretación restrictiva prevista en la ChA1989 en lugar de la más amplia propia de la AChA2002; en el caso *Re J (Child) (Adopted Child: Contact)* [2010] EWCA Civ 581 se mantuvo que el intercambio de fotografías de los padres biológicos no podía llevarse a cabo sin el consentimiento de los adoptantes; en *in Re T (a child) (Adoption: Contact)* [2010] EWCA Civ 1527, el tribunal de apelación remarcó de nuevo que es extremadamente inusual establecer una orden de contacto posterior a la adopción contra el consentimiento de los futuros padres adoptantes, y que los padres biológicos no pueden compeler a ello. Pero en *MF v of Brent & Ors* [2013] EWHC 1838 (Fam) el juez Ryder LJ resolvió a favor de una orden de contacto con la familia de origen al realizar la orden de adopción de un niño de 7 años porque consideró que ello contribuiría en el futuro a su tranquilidad y estabilidad.

de formular un “acuerdo” pese a haber recibido propuesta.

Sin embargo de la norma se deduce que la propuesta previa no es vinculante para promover el acuerdo del Juez, y sí solamente para que, en caso de que él decida tomar algún acuerdo al respecto, la tenga en cuenta.

En suma, cuatro voluntades diversas deben ser tenidas presentes además de la de la autoridad judicial: la de la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal; la de las dos familias afectadas; y la del menor. En esto puede consistir quizá el significado de la expresión “podrá acordar” que ha utilizado el legislador en el nuevo texto del art. 178.4 CC.

Pero sólo se le exige que “cuenta con” la propuesta previa, no que la ratifique, de manera que este acuerdo es facultativo.

El menor tiene derecho a ser oído. No figura en la norma alusión alguna al deber de respetar en lo posible sus deseos o sentimientos. Pero al estar contemplado expresamente este derecho suyo (recogido expresamente en la británica *Welfare Checklist* pero no en la L.O.1/1996) en textos internacionales vigentes en España, el menor podrá solicitar, si lo precisara, la intervención del Defensor del Menor y exigir el cumplimiento del art. 39 de la Constitución.

Además, cuando se trata de solicitar al Juez que acuerde la “modificación” o la “suspensión” del régimen de comunicaciones se concede legitimación a ciertas personas (la Entidad Pública y los afectados por la resolución); sin embargo, cuando se trata de acordar el “mantenimiento” de las comunicaciones o relaciones, el legislador prescinde de mencionar a los legitimados para solicitarlo. ¿Significa ello que el juzgador puede resolver o no la concesión o denegación del mantenimiento de una medida que ya existía antes, en principio sin necesidad de sujetarse a solicitud de ninguna entidad o persona y que solamente cuando decida modificar o suspenderla deba ajustarse al principio de rogación por parte de ciertas personas legitimadas (muy en especial, la familia adoptante) así como a la necesidad de atender a la propuesta previa de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal?... La norma será conflictiva en este punto, porque no lo resuelve.

En cambio, es claro que cualquier decisión judicial que prescindiera del trámite de audiencia al menor si tiene suficiente juicio sería contraria a la norma.

Por otra parte, la intervención del Juez a la hora de homologar o no las medidas preexistentes de contacto entre el niño y sus familiares de origen, deberá respetar el objetivo principal de favorecer al menos las relaciones entre los hermanos biológicos.

En cuanto al momento procedimental en que deba tener lugar esta intervención judicial en el sentido de acordar el mantenimientos de contacto del menor con la familia de origen, la norma indica “al constituir la adopción”, por lo que en el Derecho español no tiene lugar esta posibilidad en el momento en que el menor es entregado a la familia de futuros adoptantes (que puede ser anterior) dado que, tras la reforma del art. 161 CC, ello sucede por decisión administrativa y no por una resolución judicial del tipo de la británica *placement order*.

Lo que sí parece haberse recogido, desde el precedente británico, es la conveniencia de que, si el Juez interviene, no lo haga sin contar con el consentimiento de las dos familias. A su vez, esta exigencia lleva a cuestionarse si podrá o no podrá prescindirse de dicho requisito en atención al interés superior del menor, como también cuales serían las consecuencias en el caso (probable) de que se adoptase una decisión judicial contraria a los deseos de la familia adoptante. La norma establece que la previa aceptación de los contactos post adoptivos sea criterio determinante en la declaración de idoneidad de los solicitantes de adopción, pero ¿qué ocurrirá si las circunstancias hacen cambiar de opinión a los adoptantes, cuando la adopción ya está resuelta a su favor?... ¿cuáles serían las consecuencias jurídicas del incumplimiento de su anterior compromiso? ...estos supuestos podrán quizá resolverse solo a través de una propuesta previa de acuerdo de modificación de la medida, pero mientras no llegue esta propuesta de modificación al juzgado, la fase final del expediente de adopción podría quedar paralizado.

En la reciente jurisprudencia británica aparece un amago de la prevalencia del interés del menor sobre la opinión de los adoptantes³⁴. Igualmente se ha tenido en cuenta la conveniencia de individualizar al máximo la decisión sobre la medida, al precisarse en la norma que podrá establecerse en atención a la edad, situación familiar, “u otras circunstancias significativas” que deberán ser valoradas (debe suponerse, por el precedente británico, que se realizará en detalle y de manera particularizada) por la Entidad Pública proponente.

De donde se colige que, por regla general, ni siempre será conveniente establecer la medida del mantenimiento de contactos que hasta entonces protagonizaban el menor y sus familiares de origen, ni tampoco el Juez dictará acuerdos de mantenimiento, supresión o finalización, en todo caso, al dictar el Auto de adopción. En este punto será decisiva la valoración de las “circunstancias significativas” que desarrolle cada Entidad Pública al formular su propuesta previa de mantenimiento de contactos con la familia.

³⁴ V. la sentencia del Juez Ryder LJ, antes citada, que parece haber emprendido una línea progresista.

Ello podría colapsar la Administración por acumulación de recursos contra las “valoraciones” que le encomienda la norma y, a la postre, retrasar los procesos de adopción, lo que sin duda sería contrario a las finalidades generales de la reforma del sistema de protección de la infancia y la adolescencia.

Por otra parte, la falta de consentimiento para la adopción abierta podrá tener lugar, más habitualmente, por parte de la familia de adoptantes que a iniciativa de la familia biológica (pues no se colige en qué supuestos podría ésta exigir que se ponga fin a las relaciones con el menor).

En nuestra opinión, el legislador ha dejado abiertas estas y otras cuestiones de orden procedimental que hubieran podido ser resueltas en la propia norma sustantiva, o también, haber sido recogidas con ocasión de la promulgación, coetánea, de la ley de Jurisdicción Voluntaria, que regula este tipo de procesos, o de la reforma de ciertos artículos de la LEC 1/2000 que se refieren a la oposición a las medidas dictadas por los jueces en los procedimientos de jurisdicción voluntaria relativos a la adopción de menores. Ello puede propiciar no solo impugnaciones de sus intervenciones, sino posibles líneas interpretativas encontradas en el futuro, dentro de los propios tribunales.

Otra cuestión es la que se refiere a las nuevas formas de establecer las comunicaciones. La norma dispone que no necesariamente consistirán en entrevistas o visitas, puesto que en la nueva dicción menciona además “u otras comunicaciones”. Pero cabe preguntarse: ¿cuáles serán éstas?... a estos efectos, estimamos útil recordar la experiencia británica en cuanto al sistema de las *letter-box* o el *life story work* (que no son sino terapias psicológicas probablemente extendidas entre los profesionales de otros países), las redes sociales, etc., y sobre todo, acerca de la supresión de la necesidad de que se efectúen las comunicaciones directa o presencialmente entre el niño y los padres de origen, puesto que, a falta de agencias especializadas propias del modelo británico, cabe también que sean canalizadas a través de los servicios de mediación previstos en la mayoría de las administraciones competentes autonómicas, para evitar así la tentación de facilitar datos que pudieran conducir al establecimiento de futuras comunicaciones o visitas no supervisadas y facilitar encuentros clandestinos.

Estos límites se justifican solo por la conveniencia del menor y de su estabilidad psíquica porque existen circunstancias que es preferible no darle a conocer mientras no adquiera la suficiente madurez para comprenderlas y en caso contrario podrían llegar a ser traumáticas. Pero en principio no debieran operar cuando se trata de comunicaciones entre los hermanos, porque estas otras, al contrario que las demás, deben favorecerse en principio y solo restringirse excepcionalmente en casos muy cualificados.

BIBLIOGRAFÍA

BURTON, F.: *Family Law*. 1ª ed., London, 2003.

CABEDO MALLOL, V.: *Marco constitucional de la protección de menores*, Madrid, 2008.

DIDUCK, A.: *Law's Families*, ed. Lexis Nexis, Edimburg, 2003.

DOGSON, L.: *Contact Post Adoption – time for a next default position?* 11 noviembre 2014.

<http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed13606>.

HERRING, J., *Family Law*, 1ª, ed. Pearson Education Limited, 2001.

HOUSE OF LORDS, *Adoption: Post-legislative Scrutiny - Select Committee on Adoption Legislation*, 6 marzo 2013.

<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201213/ldselect/ldadopt/127/12702.htm>.

OBSERVATORIO DE LA INFANCIA. MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes, en España y en el Derecho comparado* (Investigadoras, Leticia GARCÍA VILLALUENGO y María Asunción LINACERO DE LA FUENTE), Madrid, 2006.

<http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/docs/derechoAdoptadoConocer2006.pdf>.

POUS DE LA FLOR, Mª P.: “La adopción”, en VVAA. (POUS DE LA FLOR, Mª P. y TEJEDOR MUÑOZ, L., coords.): *Protección jurídica del menor*, 4ª ed., Ed. Colex, Madrid, 2016, pp. 81-106.

RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (coord.): *Derecho de la Persona*, Barcelona, 2011 (pp. 51 a 66 del Cap. 2, *Marco internacional e interno del Derecho de la infancia y la adolescencia*).

STANDLEY, K.: *Family Law*, 5ª ed., Palgrave Macmillan Law, Hampshire-New York, 2006.

VILLAGRASA ALCAIDE, C./RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (coords.): *Por los derechos de la infancia y la adolescencia: un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los derechos del niño*, Barcelona 2009, pp. 55 a 77 (por VILLAGRASA ALCAIDE, C.).

WELSTEAD, M., & EDWARDS, S., *Family Law*, Oxford University Press, 2006.

OTROS ENLACES ON-LINE

<https://www.gov.uk/child-adoption/adoption-assessment>

http://www.baaf.org.uk/webfm_send/3161

<https://www.gov.uk/child-adoption/overview>

<http://www.adoptionuk.org/>

http://www.baaf.org.uk/webfm_send/3161

NORMATIVA CONSIDERADA

Código Civil 1889.

Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.

Constitución Española 1973.

Convenio de Bruselas, núm. 6, de la Comisión Internacional del Estado Civil (12 de septiembre de 1962) sobre determinación de la filiación materna de los hijos extramatrimoniales (ratificado el 17 de abril de 1984).

Children Act 1989.

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/contents>.

Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por Resolución del Parlamento Europeo de 8 de julio de 1992 / (A3-0172/92).

Convenio de la Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, de 20 de mayo de 1993.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Código de Familia de Cataluña, Libro II (*Llei* 9/1998 de 15 de julio).

Adoption and Children Act 2002.

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/38/contents>.

Decreto de la Junta de Andalucía 282/2002 de 12 noviembre

Ley del País Vasco 3 /2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección de la Infancia y la Adolescencia.

Ley 15/2005, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria

Ley Foral navarra 15/2005, de 5 diciembre, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia y a la Adolescencia.

Ley de La Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores.

Decreto del Gobierno Vasco 114/2008, de 17 de junio, por el que se regula el procedimiento de actuación que deberán seguir las Diputaciones Forales en materia de adopción de personas menores de edad.

Ley de la Comunidad valenciana 12/2008, de 13 de julio, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia.

Código Civil de Cataluña, Libro II (*Llei* 25/2010, de 29 de julio).

Llei 14/2010, de 27 de mayo, de los Derechos y las Oportunidades en la Infancia y en la Adolescencia.

Ley Foral navarra 3/2011, de 17 de marzo, de Custodia de los Hijos en caso de Ruptura de la Convivencia de los Padres.

Ley de la Comunidad de Galicia 3/2011, de 30 de junio, de Apoyo a la Familia y a la Convivencia.

Children and Families Act 2014.

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/6/contents/enacted>

Ley de la Comunidad de Castilla-La Mancha 5/2014, de 9 de octubre, de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia.

Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia.

INTERDIZIONE GIUDIZIALE E LEGITTIMAZIONE AL RICORSO:
RAFFRONTI COMPARATIVI E QUESTIONI ANCORA APERTE

*LEGAL INCOMPETENCY AND LOCUS STANDI:
COMPARATIVE REMARKS AND UNRESOLVED ISSUES*

DR. FILIPPO VIGLIONE
Professore Associato di Diritto Comparato
Università di Padova (Italia)
filippo.viglione@unipd.it

RESUMEN: El artículo analiza el problema de la legitimación para promover el procedimiento de incapacitación. Este particular enfoque permite reconstruir algunos rasgos peculiares de los tradicionales instrumentos de protección de las personas incapaces, en una perspectiva histórica y de derecho comparado.

PALABRAS CLAVE: interdicción judicial; incapacitación; legitimación procesal activa.

ABSTRACT: The paper analyzes the problem of legal standing to petition for a court to declare someone incompetent. This particular viewpoint allows us to fathom certain general traits of the traditional legal instruments of incompetency, both in a historical and a comparative perspective.

KEY WORDS: incapacity; incompetency; legal standing.

FECHA DE ENTREGA: 12/03/2016/FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/05/2016.

SUMARIO: I. INTRODUZIONE E CENNI SULL'EVOLUZIONE STORICA. – II. PROFILI COMPARATIVI: LA LEGITTIMAZIONE AD AGIRE NELLE MISURE DI INCAPACITAZIONE DEI PRINCIPALI ORDINAMENTI EUROPEI. – III. LA LEGITTIMAZIONE DELL'INTERDICENDO. – IV. LA LEGITTIMAZIONE DELLA PERSONA STABILMENTE CONVIVENTE. – V. GLI ALTRI SOGGETTI LEGITTIMATI.

I. INTRODUZIONE E CENNI SULL'EVOLUZIONE STORICA.

L'ingresso nell'ordinamento italiano della figura dell'amministratore di sostegno, avvenuto ormai più di dieci anni orsono, ha scosso alla radice, com'è noto, anche i tradizionali istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione. Al di là del dibattito sull'utilità di mantenere in vita tali forme di incapacitazione, non vi è dubbio che il radicale mutamento nella percezione della malattia, ed in particolare della malattia mentale, avviatosi già negli anni '60, si sia tradotto sul piano giuridico da un lato nell'introduzione di un istituto plasmato sulla tutela della persona a misura d'uomo quale è l'amministrazione di sostegno e d'altro canto abbia inciso, forse talora in misura insufficiente, sulle rigidità della più penetrante misura interdittiva¹.

A tale riguardo, la nuova fisionomia dell'interdizione che ci viene consegnata dalla riforma della legge 9 gennaio 2004, n. 6 si caratterizza per un certo grado di flessibilità nel provvedimento di tutela, grazie alla possibilità, offerta dal nuovo art. 427 cod. civ., che taluni atti di ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'interdetto senza l'intervento oppure con la sola assistenza del tutore. Tale circostanza appare essenziale per comprendere, in una visione più estesa, anche il problema della legittimazione ad agire per attivare il procedimento di interdizione. Infatti, è nel quadro di tale complessiva rivisitazione, ed in linea con la tendenza ad accordare spazi di limitata autonomia all'incapace, che si colloca anche la modifica operata in tema di legittimazione ad agire con la riformulazione dell'art. 417 cod. civ.

La nuova disciplina prevede oggi che l'interdizione, così come

¹ In dottrina è diffusa l'idea che gli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, con le modifiche apportate grazie alla riforma del 2004, siano stati in realtà oggetto solamente di "ritocchi" inidonei a sanarne in modo sostanziale gli originari difetti. In tal senso si vedano, per tutti, CALÒ, E.: *Amministrazione di sostegno. Legge 9 gennaio 2004, n. 6*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 3; VENCIARUTTI, A.: "Amministrazione di sostegno e progetti di protezione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, p. 591.

l'inabilitazione, possano essere promosse dallo stesso interdicendo o inabilitando, dalla persona stabilmente convivente, dai parenti entro il quarto grado, dagli affini entro il secondo grado, dal tutore o dal curatore ed infine dal pubblico ministero. Rimane non modificato quanto disposto al secondo comma, e cioè che se l'interdicendo o inabilitando si trovano sotto la patria potestà o hanno per curatore uno dei genitori, l'interdizione o l'inabilitazione possono essere promosse solo su istanza del genitore stesso o del pubblico ministero.

L'attuale formulazione dell'art. 417 cod. civ. segna una sostanziale evoluzione rispetto a quanto previsto prima della riforma del 2004, grazie ad un ampliamento nella sfera dei legittimati, che viene estesa allo stesso interdicendo ed alla persona stabilmente convivente, soggetti la cui legittimazione era in precedenza comunemente ritenuta insussistente, anche in ragione della loro mancata menzione testuale. Ripercorrendo le tappe che hanno condotto all'odierna perimetrazione dei soggetti cui è consentito l'impulso processuale, non pare superfluo ricordare come il tema della legittimazione ad agire sia stato già l'oggetto di una modifica nel passaggio tra il codice civile del 1865 e la formulazione del codice civile pre-riforma del 2004. Pare, infatti, al riguardo, che ad ogni estensione o restrizione nella individuazione dei soggetti legittimati corrisponda una rinnovata visione dell'intero istituto, la cui natura e le cui funzioni hanno costituito l'oggetto di un non sopito dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

Procedendo con ordine, nell'originaria formulazione del 1865 (art. 326) tra i soggetti legittimati comparivano qualsiasi congiunto, il coniuge ed il pubblico ministero, con esclusione dello stesso interdicendo ed in perfetta simmetria con quanto era allora previsto dall'art. 490 del *Code civil* francese. Il processo di interdizione mostrava così una palese connotazione contenziosa, indirizzandosi all'adozione di un provvedimento di generale ablazione della capacità di agire, posto in essere in modo tale da emarginare il soggetto infermo di mente dalla comunità civile². In quest'ottica si può leggere il mancato inserimento, tra i soggetti abilitati all'impulso processuale, dello stesso interdicendo, la cui permanente capacità processuale veniva in tal modo orientata al solo rigetto di un provvedimento reputato, a ragione, quale profondo attacco all'integrità giuridica della persona e non quale mezzo di protezione dell'incapace medesimo³.

² Attenta ricostruzione della natura del procedimento di interdizione, nelle varie fasi della sua evoluzione storica, si può leggere in Spanziani, P.: "Natura giuridica del giudizio di interdizione e riflessi su aspetti problematici della disciplina", in AA.VV., *Gli incapaci maggiorenni*, a cura di E.V. NAPOLI, Giuffrè, Milano, 2005, p. 39 ss.

³ La mancata inclusione dell'interdicendo tra i soggetti legittimati era pacificamente riconosciuta anche in dottrina, tanto sulla base dell'argomento letterale quanto in ragione di motivi di coerenza logica. Tra i molti, v. PIOLA, G.: *Delle persone incapaci*, I, Marghieri ed.,

Nella codificazione del '42, sembra mutare parzialmente la natura del procedimento di interdizione, che si incanala più decisamente nelle forme della volontaria giurisdizione: così, l'interdicendo non è più il "convenuto" né viene sottoposto ad interrogatorio ma ad esame⁴. Nella realtà, com'è noto, permangono evidenti segnali di un "singolare antagonismo di interessi"⁵, che mostrano come l'istituto dell'interdizione sia pensato più per l'interesse generale ad espellere il disabile dal traffico giuridico che per una sua forma di protezione. Se ne avverte una conferma osservando l'originario disposto dell'art. 417 cod. civ., ove la categoria dei legittimati ad agire viene ristretta ai parenti entro il quarto grado ed agli affini entro il secondo, superando la più generica formula degli "stretti congiunti", e per altro verso ampliata attraverso la menzione del tutore e del curatore⁶. Continua a difettare, dunque, qualsiasi riferimento all'interdicendo e, come vedremo, la prevalente ricostruzione dottrinale tende a negare la possibilità di impulso processuale a quest'ultimo. Se la *ratio* che sottende il provvedimento di interdizione corrisponde alla salvaguardia dei traffici giuridici ed all'interesse dei congiunti dell'infermo di mente alla conservazione del patrimonio di quest'ultimo, ben si comprende il significato della legittimazione attiva, attribuita non all'interdicendo stesso ma a soggetti a lui legati da un vincolo di prossimità.

È soltanto con la riforma del 2004 che viene sostanzialmente a mutare l'area dei soggetti legittimati, con la scelta di estenderla anche allo stesso interdicendo ed al suo convivente abituale. Se, nella realtà pratica, pare difficile scorgervi una novità statisticamente significativa, non vi è dubbio che la modifica legislativa dell'art. 417 cod. civ. risponda ad un'esigenza quasi simbolica di dimostrare che l'intero procedimento di interdizione deve tendere alla protezione dell'incapace, non trovando giustificazione teorica alcuna la sua esclusione dal novero dei legittimati.

La circostanza che il tema della legittimazione ad agire rappresenti solamente

Napoli-Torino, 1910, p. 566 s.; STOLFI, N.: *Diritto civile, I, Il negozio giuridico e l'azione*, 2° ed., Utet, Torino, 1931, p. 186.

⁴ Il termine "interrogatorio", contenuto agli artt. 327 e 838 degli abrogati codice civile e di procedura civile è sostituito con il termine "esame" (artt. 419 cod. civ. e 714 cod. proc. civ.). Per alcune osservazioni al riguardo, v. SCARDULLA, F.: voce "Interdizione (dir. civ.)", in *Enc. del dir.*, XXI, Giuffrè, Milano, 1971, p. 939 ss.; VACCARELLA, R.: "Il processo d'interdizione ed'insufficienza mentale", *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 720 s.; VELLANI, M.: "Alcune considerazioni sull'esame dell'interdicendo o dell'inabilitando", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1995, p.973 ss.

⁵ PESCARA, R.: "Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici", nel *Trattato Rescigno*, 2° ed., 4, III, Utet, Torino, 1997, p. 818.

⁶ Tale ultimo ampliamento è tuttavia di assai scarso rilievo pratico; esso ha riguardato i casi di domanda di interdizione nei confronti di persona che si trova nell'ultimo anno della minore età *ex art.* 416 cod. civ. (che potrebbe in ipotesi essere dunque sottoposta a tutela) ovvero, per quanto riguarda la menzione del curatore, nei confronti di un minore emancipato o di chi già si trovi in stato di inabilitazione.

un simbolo della complessiva costruzione dell'istituto-interdizione, senza che da essa discendano profili di pratico rilievo, pare confermata dallo scarsissimo numero di decisioni giurisprudenziali che hanno affrontato il problema e, d'altro lato, dall'ampio spazio che vi è stato dedicato nelle riflessioni dottrinali. È, infatti, la stessa costruzione normativa della legittimazione ad agire, che vede come valvola di sfogo le segnalazioni al Pubblico Ministero, a garantire una sterilizzazione del problema processuale di legittimazione. L'assenza di conflittualità viene raggiunta altresì dalla mancata previsione di un ordine di precedenza tra i vari soggetti che sono elencati all'art. 417 cod. civ.⁷, ognuno dei quali gode di una autonoma legittimazione, indipendente dal concreto interesse verso la situazione del disabile.

Al di là, dunque, del problema legato alla legittimazione dell'interdicendo, l'elencazione degli altri soggetti viene operata in forma tipica dal legislatore, sulla base di un "presumibile rapporto di prossimità o di responsabilità"⁸ nei confronti dell'infermo di mente; tale delimitazione dei legittimati all'impulso processuale è con tutta evidenza finalizzata ad evitare che qualsiasi terzo, estraneo ad un rapporto affettivo o di solidarietà familiare o legato all'ufficio posto a protezione del disabile, possa instaurare un procedimento destinato ad incidere in maniera così profonda sullo *status* dell'interdicendo. Il rischio che vengano posti in essere procedimenti di incapacitazione con finalità concrete diverse dalla protezione del disabile è particolarmente avvertito nell'ipotesi di interdizione, in ragione della circostanza che quest'ultima non ha assunto i connotati di un istituto di protezione globale, ma ha palesemente privilegiato i profili patrimoniali, legati all'inidoneità dell'inabile a provvedere ai propri interessi. Una prima garanzia volta ad evitare le "odiose macchinazioni", secondo l'espressione di Mortara⁹, è rappresentata dunque dall'ancoraggio della legittimazione ad un legame tipizzato tra il ricorrente e l'interdicendo, legame che introduce una significativa deviazione rispetto al consueto principio dell'interesse ad agire previsto all'art. 100 del codice di rito.

In tal senso, occorre rilevare come nella costruzione del procedimento di interdizione, i soggetti legittimati a promuovere il giudizio siano dotati di un

⁷ La circostanza che non sussista un ordine di precedenza tra i soggetti legittimati, talché ciascuno goda di un'autonoma legittimazione in ordine al procedimento, trova ampie conferme in dottrina; tra i molti, si veda STELLA-RICHTER M., SGROI V.: "Dell'infermità di mente, dell'interdizione e dell'inabilitazione", nel *Commentario del codice civile*, I, tomo II, *Delle persone e della famiglia*, Utet, Torino, 1967, p. 636; SCARDULLA, F.: voce "Interdizione (dir. civ.)", cit., p. 937.

⁸ PESCARA, R.: "Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici", cit., p. 818.

⁹ MORTARA, L.: *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, V, Vallardi, Milano, 1926, p. 704, richiamato anche da Spanziani P., cit.

mero potere di “meccanica processuale”, che funge da impulso all’attivazione del procedimento¹⁰. Nel momento in cui viene proposto il ricorso, pertanto, non si delinea affatto un vero e proprio diritto soggettivo all’incapacità del soggetto né tantomeno rileva in alcun modo l’eventuale interesse patrimoniale dei parenti legittimati all’azione¹¹; in ragione delle caratteristiche inquisitorie del procedimento di interdizione¹², quest’ultimo sfugge poi al potere dispositivo del proponente mentre peraltro rimane fermo, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, il principio della corrispondenza tra domanda e pronuncia del giudice¹³. Ne risulta, in ultima analisi, un procedimento che ancora oscilla tra le forme contenziose e quelle della volontaria giurisdizione¹⁴, dominato dai poteri ufficiosi del giudice e modellato comunque attorno all’interesse pubblicistico alla protezione della società in contrasto con l’interesse dell’alienato mentale, caratteri emblematici che stanno conducendo, nei fatti, ad un superamento dell’istituto interdizione a vantaggio di una più diffusa adozione del provvedimento di amministrazione di sostegno.

In realtà, già da queste prime osservazioni, emerge come le timide modifiche legislative all’impianto dell’interdizione corrispondano certamente ad una visione degli istituti di protezione più moderna e di promozione degli spazi di residua capacità dell’infermo di mente, senza che tuttavia ciò abbia consentito

¹⁰ POGGESCHI R., *Il processo di interdizione e di inabilitazione*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 156.

¹¹ È consolidata in dottrina la tesi della irrilevanza dei motivi che inducono alla sollecitazione di un provvedimento interdittivo, pure nell’ipotesi in cui essi siano moralmente riprovevoli (così SCARDULLA F., voce “Interdizione (dir. civ.)”, cit., p. 938). Tale ultima circostanza può, tuttavia, assumere rilievo giuridico ai fini del risarcimento del danno, in caso di rigetto della domanda volta all’interdizione; come risulta da una risalente decisione di merito, l’interdicendo o l’inabilitando hanno diritto al risarcimento del danno derivante da un ricorso presentato con mala fede o per colpevole leggerezza (App. Bari, 23 febbraio 1952, in *Giust. civ.*, 1953, p. 1357).

¹² Sulle quali si vedano le osservazioni di VIGNOLO, E.: “Principio inquisitorio e impulso di ufficio nel procedimento di interdizione”, *Riv. dir. civ.*, 1975, I, 367 ss.

¹³ App. Milano, 7 marzo 2001, in *Fam. e dir.*, 2002, p. 184; Cass., 8 marzo 1995, n. 2704, in *Giust. civ.*, 1995, I.

¹⁴ Al riguardo, Cass., 13 settembre 2013, n. 21013 qualifica il procedimento quale contenzioso speciale; analogamente Cass., 9 novembre 2005, n. 21718, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 11, nel confermare la possibilità di condanna della parte soccombente al pagamento delle spese di lite, anche d’ufficio in mancanza di una esplicita richiesta della parte vittoriosa, qualifica il procedimento di interdizione come procedimento contenzioso speciale, pur caratterizzato da numerose peculiarità (la stessa Corte di Cassazione elenca, tra queste, anche la posizione dei soggetti legittimati a presentare il ricorso i quali non agiscono a tutela di un proprio diritto soggettivo. Nello stesso senso, Cass., 24 agosto 2005, n. 17256, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 6, che sulla base dei medesimi presupposti sancisce l’ammissibilità di una pronuncia di cessazione della materia del contendere in ogni caso in cui, per motivi sopravvenuti, una pronuncia sul merito si profili come non più necessaria. Nella giurisprudenza di merito, per la riconducibilità alla natura contenziosa, v. Trib. Firenze, 16 dicembre 1992, in *Arch. civ.*, 1993, p. 1072 che prevede così la nullità del procedimento in caso di omessa notifica del ricorso a tutti i legittimati.

di superare i numerosi motivi di insoddisfazione per tale misura ablativa della capacità di agire, che appare oggi in larga parte obsoleta e solamente contaminata da caratteristiche in contrasto con la sua complessiva struttura. Ad ogni modo, e nell'attesa di un possibile intervento legislativo volto a delineare un'unitaria figura di protezione flessibile dei soggetti deboli, sembra lecito ritenere che la recente riformulazione dell'art. 417 cod. civ. possa fornire utili indicazioni per l'analisi di questo tradizionale strumento di incapacitazione. In tal senso, proprio il riconoscimento all'infermo di mente della possibilità di attivare il procedimento interdittivo sembra imporre una lettura dell'intero istituto, per quanto possa essere consentito, alla luce di una valorizzazione del principio di autodeterminazione del disabile¹⁵.

II. PROFILI COMPARATIVI: LA LEGITTIMAZIONE AD AGIRE NELLE MISURE DI INCAPACITAZIONE DEI PRINCIPALI ORDINAMENTI EUROPEI.

Com'è noto, il percorso seguito dalla legislazione italiana, che ha condotto alla revisione dell'intero assetto degli strumenti di protezione degli incapaci, è segnato per molti tratti da suggestioni ed analogie con la vicenda francese, sia pure con un ritardo temporale di alcune decine d'anni, e ciò si è verificato anche in relazione al problema della legittimazione ad agire. Se, infatti, il *Code Napoléon* conosceva in origine i tradizionali istituti della tutela e della curatela, non consentendone l'attivazione alla persona disabile¹⁶, la situazione è stata profondamente modificata con la riforma del 1968, la quale ha reso meno rigidi gli strumenti dell'interdizione e inabilitazione ed ha introdotto la nuova forma di protezione rappresentata dalla *sauvegarde de justice*¹⁷. Nel quadro di

¹⁵ In tal senso, v. anche NADDEO, F.: "Sub art. 5", in Aa.Vv., *Amministrazione di sostegno. Commento alla legge 9 gennaio 2004, n. 6*, a cura di G. AUTORINO STANZIONE, V. ZAMBRANO, Giuffrè, Milano, 2004, p. 228 ss.

¹⁶ L'art. 490 *code civil* in origine escludeva la legittimazione dell'interdicendo e la riservava, con espressione per la verità generica e dalla portata eccessivamente ampia, a qualsiasi congiunto ("tout parent est recevable à provoquer l'interdiction de son parent").

¹⁷ Nella letteratura francese più recente, con uno sguardo sull'ultima complessiva riforma delle sistema di protezione degli incapaci, si vedano JEAN, J., JEAN, A.: *Mieux comprendre la tutelle et la curatelle*, Vuibert ed., Paris, 2° ed., 2008; MALAURIE, P.: *Les personnes, les incapacités, Droit civil*, Defrénois, Paris, 3° ed., 2007; HAUSER, J.: "Réforme des tutelles. Les acteurs de la protection: la famille et l'incapable majeur", *Revue Droit de la Famille*, 2007, p. 198. Grande attenzione è stata prestata dalla letteratura italiana alla disciplina francese dell'incapacità. Si veda, al riguardo, ABBATE, M.: "Profili sulla protezione giuridica degli incapaci maggiorenni in Francia", in Aa.Vv., *Gli incapaci maggiorenni*, a cura di E.V. NAPOLI, Giuffrè, Milano, 2005, p. 129 ss.; AUTORINO STANZIONE, G.: "La persona disabile nella prospettiva comparatistica", in Aa.Vv., *Follia e diritto*, a cura di G. FERRANDO, G. VISINTINI, Bollati Boringhieri ed., Torino, 2003, p. 135 ss.; EAD., "Le amministrazioni di sostegno nelle esperienze europee", in Aa.Vv., *L'amministrazione di sostegno*, a cura di G. FERRANDO, Giuffrè, Milano, 2005, p. 90 ss.; LENTI, L.: "Amministrazione di sostegno e misure di

tale riforma si è così colta l'occasione per aggiornare anche il novero dei soggetti legittimati attivamente al procedimento, con l'aggiunta de "*la personne qu'il y a lieu de protéger*", circostanza quest'ultima dalla quale si ricava il più generale orientamento del legislatore francese, volto a offrire una protezione globale del soggetto incapace, idoneo ad essere attivato dallo stesso interessato al provvedimento. L'opzione prescelta dal legislatore d'oltralpe, in materia di legittimazione attiva, si distingue peraltro dal nostro art. 417 cod. civ., in ragione della armonizzazione tra tutte le figure di protezione degli incapaci, raggiunta in Francia con la predisposizione al riguardo di un'unica previsione normativa. La riforma italiana del 2004, invece, pur omologando in larga parte sotto tale profilo la disciplina dell'amministrazione di sostegno da un lato e dell'interdizione e inabilitazione dall'altro, ha mantenuto due distinte disposizioni e, come vedremo, una parziale differenziazione dei soggetti legittimati. Maggiore coerenza sistematica è invece raggiunta nella nuova formulazione dell'art. 430 *code civil*, ove si prevede per tutti gli istituti di incapacitazione che "*la demande d'ouverture de la mesure peut être présentée au juge par la personne qu'il y a lieu de protéger ou, selon le cas, par son conjoint, le partenaire avec qui elle a conclu un pacte civil de solidarité ou son concubin, à moins que la vie commune ait cessé entre eux, ou par un parent ou un allié, une personne entretenant avec le majeur des liens étroits et stables, ou la personne qui exerce à son égard une mesure de protection juridique. Elle peut être également présentée par le procureur de la République soit d'office, soit à la demande d'un tiers*"¹⁸. Come si nota, l'elenco dei legittimati corrisponde in larga parte alla previsione dell'art. 417 cod. civ., pur con i dovuti distinguo, dovuti essenzialmente alla mancanza nell'ordinamento italiano di un istituto corrispondente al patto civile di solidarietà.

L'osservazione di altre legislazioni europee in tema di incapacità di agire conferma la generale convergenza degli ordinamenti europei verso una conformazione degli istituti di protezione dei disabili, orientata alla loro salvaguardia in una dimensione globale delle esigenze personali e patrimoniali, con un manifesto superamento della logica di protezione della società nei confronti dei soggetti infermi di mente. La logica di sistema che percorre tutte le principali riforme coinvolge anche le soluzioni adottate circa l'estensione della legittimazione attiva.

Non sempre, tuttavia, il confronto con altri modelli appare agevole, in ragione di un differenziato disegno complessivo degli istituti di

protezione dei soggetti deboli: modelli a confronto", in AA.VV., *Soggetti deboli e misure di protezione*, a cura di G. FERRANDO, L. LENTI, Giappichelli, Torino, 2006, p. 52 ss.

¹⁸ L'art. 430, inserito con la riforma organica delle misure di protezione a seguito dell'entrata in vigore della loi n.° 2007-308, del 5 marzo 2007, riprende in larga parte i contenuti del precedente art. 493 *code civil*, dettato con riguardo alla legittimazione attiva al procedimento interdittivo.

incapacitazione; è questo, ad esempio, il caso dell’Austria e della Germania, in cui il legislatore con le riforme rispettivamente del 1983 e del 1990 ha, con lungimiranza, abrogato interdizione ed inabilitazione, che sono oggi sostituite da nuove figure – *Sachwalter* e *Betreuer* – flessibili e destinate a garantire una piena valorizzazione dell’interesse del disabile, rivisitando così in modo completo lo statuto civilistico della disabilità mentale¹⁹. In entrambi i casi, le nuove misure di protezione, che il giudice delle tutele è chiamato ad adattare alle specifiche esigenze di sostegno del soggetto incapace, possono essere attivate solo su richiesta dello stesso interessato o d’ufficio da parte del giudice²⁰. Non vi è dunque alcuna legittimazione di terzi per l’attivazione processuale di entrambi gli strumenti, salva ovviamente la possibilità di segnalare situazioni di infermità al giudice il quale valuterà l’opportunità di iniziare d’ufficio il procedimento. Tale circostanza rappresenta un’ulteriore conferma del superamento della concezione ottocentesca dell’infermità mentale, dalla quale la società avrebbe dovuto tutelarsi, sostituita da un modello di reale protezione del disabile, come tale astrattamente attivabile proprio da parte di quest’ultimo; sta, dunque, nella volontà e nell’autodeterminazione del soggetto debole il fondamento degli strumenti di protezione, testimoniate non soltanto dalla sua legittimazione attiva, ma altresì da ulteriori indici quali i criteri di scelta dell’amministratore o del tutore nonché il suo pieno coinvolgimento in ogni fase processuale.

Significativa appare, inoltre, l’esperienza spagnola, anch’essa realizzatasi in anticipo rispetto alla riforma italiana, disegnata per realizzare forme elastiche di protezione del soggetto debole, ad imitazione del modello francese del 1968. In Spagna, la materia è stata infatti l’oggetto dapprima della legge 24.10.1983, n. 13 e, più di recente, della legge 18.11.2003, n. 41, dalle quali è emerso un quadro normativo variegato e ricco di soluzioni possibili per il disabile²¹, che può dunque essere sottoposto alle misure della *tutela*, della

¹⁹ Ampi riferimenti in CIAN, G.: “L’amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee”, *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 483 ss.; CARUSO, E.: “L’assistenza nell’ordinamento tedesco”, in AA.VV., *Gli incapaci maggiorenni*, cit., p. 173 ss. Nella letteratura in lingua tedesca, v. PALANDT, O.: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 75° ed., C.H. Beck, München, 2016, §§ 1806 ss.; JÜRGENS A. (cur.): *Kommentar zum materiellen Betreuungsrecht, zum Verfahrensrecht und zum Vormünder - und Betreuervergütungsgesetz*, C.H. Beck, München, 2010.

²⁰ La riforma tedesca ha inciso direttamente sulle norme del BGB, ove si prevede, al § 1896, che il tribunale della tutela nomini l’amministratore di sostegno, su istanza dello stesso disabile, anche se incapace negozialmente, oppure d’ufficio. L’istanza, peraltro, può essere proposta dal solo soggetto destinatario dell’amministrazione di sostegno, e non anche d’ufficio, nel caso in cui la sua incapacità derivi da un impedimento fisico.

²¹ Una informazione di base si può leggere in QUESADA GONZÁLEZ, M.C.: *La tutela y otras instituciones de protección de la persona*, Atelier, Barcelona, 2004; MONTSERRAT PEREÑA, V.: *Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad : las soluciones del derecho civil*, Dykinson, Madrid, 2006; AA.VV., *La protección jurídica del discapacitado, II Congreso Regional*, a cura di I. SERRANO GARCÍA, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “La incapacitación en España”, *Rev. boliv. de derecho*, enero 2014, p. 252 ss.

curatela o della *guarda*. Al di là di una scelta terminologica conservatrice, gli strumenti di protezione sono stati disciplinati in modo da offrire un adattamento alle concrete esigenze del soggetto debole. In quest'ottica di protezione graduata ed attenta a promuovere gli spazi di capacità del disabile, si colloca la scelta di attribuire allo stesso incapace la legittimazione attiva alla dichiarazione di incapacitazione; si prevede, infatti, nella c.d. *Ley de enjuiciamiento civil* del 7.1.2000 che il procedimento volto all'incapacitazione possa essere promosso dallo stesso incapace, dal coniuge o dal partner di fatto, i discendenti, gli ascendenti, i fratelli e sorelle del presunto incapace, oltre che dal Pubblico Ministero (*Ministerio Fiscal*), in assenza dell'attivazione dei soggetti precedenti (art. 757).

Come sovente accade nell'ambito della comparazione con istituti di *common law*, anche per quanto attiene al modello giuridico di protezione degli incapaci si riscontra una marcata eterogeneità rispetto agli ordinamenti continentali nella scelta delle soluzioni adottate, circostanza che rende arduo il tentativo di offrire un utile paragone anche rispetto al tema del potere di impulso per l'attivazione degli strumenti di protezione. Quanto all'esperienza inglese, in particolare, il *Mental Capacity Act 2005* ha riassunto e modificato la disciplina precedente, confermando i principi di fondo che regolano la materia delle incapacità in Inghilterra, e che paiono rappresentati dalla valorizzazione di ogni possibile spazio di concreta capacità del disabile oltre che dalla assenza di uno strumento generale di incapacitazione²². Vi si prevede, infatti, che l'incapacità del soggetto non consegua *de plano* alla presenza di una situazione di infermità mentale, ma vada riscontrata di volta in volta con riferimento al singolo atto da porre in essere. In questo quadro, un particolare rilievo viene attribuito alla volontà del soggetto incapace, il quale, in un lucido intervallo ovvero in vista di una propria futura incapacità, può attribuire un *lasting power of attorney*, attraverso il quale indicare un soggetto destinato a sostituirlo nell'attività giuridica a contenuto patrimoniale o non patrimoniale.

Per ciò che in questa sede rileva, è opportuno notare come un simile strumento, evidentemente lasciato all'iniziativa dello stesso incapace, escluda di per sé il requisito dell'attualità della patologia, carattere che invece frena ogni possibile attivazione dell'interessato ai provvedimenti di incapacitazione nel nostro ordinamento²³. Solo laddove manchi tale "mandato perdurante", è consentito l'intervento della *Court of Protection* su richiesta di chiunque vi possa avere interesse, compreso lo stesso incapace (art. 50), talché l'intervento di carattere pubblicistico appare una mera regola suppletiva,

²² Per un primo commento, si veda BARTLETT, P.: *Blackstone's Guide to the Mental Capacity Act 2005*, Oup, Oxford, 2005; ATKINSON, J.: *Private and Public Protection: Civil Mental Health Legislation*, Dunedin Academic Press, Edinburgh, 2006; JONES, R.: *Mental Capacity Act 2005 Manual*, 5th ed., Sweet & Maxwell, London, 2012.

²³ Sul requisito dell'attualità, si veda *infra*, par. 3.

destinata ad operare solo in caso di mancata adozione di strumenti privatistici ad opera dello stesso disabile o quale strumento di controllo sull'operato del mandatario. In tali evenienze la corte potrà nominare un *deputy*, incaricato di prendere le decisioni per conto del disabile, fermo restando tuttavia il principio fondamentale per cui il potere attribuito al *deputy*, così come al mandatario, non elimina la possibile capacità del soggetto debole di porre in essere un qualsiasi atto, purché ne abbia la relativa capacità nel momento del suo perfezionamento.

Infine, merita un cenno anche il quadro normativo in materia presente negli ordinamenti dei paesi scandinavi. Se analizziamo quale esempio la situazione svedese, a seguito della riforma introdotta nel 1989, le persone maggiorenni che versano in stato di infermità possono essere sottoposte a due misure flessibili di protezione dette *Godmanskap* e *Förvaltningskap*, corrispondenti a casi di minore o maggiore incapacità di provvedere ai propri interessi. L'attivazione del procedimento che conduce a tali misure di protezione è riservato ad un numero assai elevato di soggetti, tra i quali si menzionano lo stesso interessato al provvedimento, i suoi parenti, ma anche persone legate da rapporti di amicizia, oltre al *överförmyndare* (una sorta di curatore speciale)²⁴.

Dal quadro generale delle legislazioni europee, sinteticamente esposto con solo riferimento al tema della legittimazione attiva, pare possibile trarre una prima importante conclusione: in tutta l'Europa, gli istituti della tradizione ottocentesca vengono soppressi o affiancati da altri a carattere più flessibile, nel tentativo di archiviare i postulati del positivismo psichiatrico e il generale interesse della società alla protezione contro il disabile, caratteri che a lungo hanno inquinato il discorso sulla tutela della disabilità. La nuova prospettiva che emerge esalta i profili di protezione della persona debole, in tutte le dimensioni in cui può esplicarsi la personalità e si colloca in piena coerenza anche con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, in cui si prevede il diritto dei disabili di beneficiare di misure tese, tra l'altro, a garantirne l'autonomia e la partecipazione alla vita sociale (art. 26).

In questo contesto, anche il tema processuale rappresenta uno specchio delle nuove tendenze di valorizzazione della persona, ed in particolare ciò si riflette nella diffusa attribuzione allo stesso interessato del potere di impulso all'attivazione di qualsiasi misura di protezione. Pur nella diversità degli strumenti di tutela degli incapaci, un dato costante delle esperienze europee è infatti rappresentato da un uniforme riconoscimento al disabile della capacità di promuovere l'adozione di provvedimenti pensati a sua tutela, e rispetto ai quali non si avverte ormai la necessità di garantire solamente una legittimazione processuale volta a contrastarne l'adozione.

²⁴ Cap. 11, art. 15 del *Föräldrabalken* (Codice della famiglia).

Pur nel più volte denunciato ritardo della riforma italiana, pare dunque in linea con le tendenze legislative dei principali paesi europei, non soltanto la predisposizione di una forma flessibile di protezione degli incapaci, ma anche l'attribuzione al soggetto debole, oltre che alle persone ad esso vicine, del potere di attivare le misure volte alla propria salvaguardia, valorizzando in tal modo un generale principio di autodeterminazione del disabile.

III. LA LEGITTIMAZIONE DELL'INTERDICENDO.

Com'è noto, la riforma del 2004 trova un fondamento nella profonda insoddisfazione per la tradizionale costruzione delle misure di protezione degli incapaci, ed in particolare per l'idea stessa di una totale ablazione della capacità di agire. Il fermento culturale prodottosi negli anni '60 sottopone ad una critica complessiva i meccanismi normativi di incapacitazione, denunciandone la natura emarginatrice e discriminatoria del disabile all'interno della società e degli stessi nuclei familiari. A tale riguardo, si è in passato evidenziato come anche la struttura del procedimento interdittivo consentisse di mettere in adeguata luce simili caratteristiche degli istituti tradizionali, volti emblematicamente a tutelare la regolarità del traffico giuridico più che la persona disabile ed i suoi diritti. Solo in tale prospettiva si poteva spiegare l'esclusione dal novero dei legittimati a chiedere l'interdizione o l'inabilitazione dello stesso infermo psichico: se l'art. 24 Cost., si diceva, garantisce a tutti la tutela in via di azione dei propri diritti, la mancata legittimazione dell'interdicendo o dell'inabilitando confermerebbe come gli istituti delineati dal legislatore non possano considerarsi strumenti di tutela dell'alienato o dell'inabile²⁵.

A fronte di tali critiche, la riformulazione dell'art. 417 cod. civ., laddove ammette all'impulso processuale lo stesso interdicendo, sembra certamente suggerire una più benevola considerazione dello strumento dell'interdizione²⁶; ipotizzare che il soggetto interessato dal provvedimento interdittivo possa proporre la relativa domanda giudiziale, sfruttando gli spazi residui della propria capacità intellettuale, di per sé pare un indice di una rinnovata considerazione del procedimento di interdizione, nel quale

²⁵ TOMMASEO, F.: "Sui profili processuali dell'interdizione e dell'inabilitazione", in AA.VV., *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, a cura di P. CENDON, Esi, Napoli, 1988, p. 372.

²⁶ Le medesime considerazioni valgono anche con riguardo alla legittimazione dell'inabilitando. La nuova formulazione dell'art. 417 cod. civ. accomuna infatti le "persone indicate negli articoli 414 e 415 cod. civ.", e cioè i destinatari dei provvedimenti di interdizione e inabilitazione.

potrebbero così ravvisarsi i caratteri di una concreta protezione dell'inabile²⁷. Del resto, tale opzione normativa si colloca in perfetta coerenza con quanto stabilito oggi dall'art. 406 cod. civ., quanto alla legittimazione ad agire nel procedimento di amministrazione di sostegno, evidenziandosi in tal modo le profonde connessioni sul terreno processuale tra i due istituti, confermate dal richiamo previsto all'art. 720-*bis* del codice di rito. In realtà, se è vero che l'esclusione dell'interdicendo dal novero dei legittimati rappresentava il sintomo di un discutibile fondamento ultimo dell'interdizione, la sua attuale contemplazione, pur sollecitata da parte della dottrina²⁸, rischia di essere parimenti problematica e/o contraddittoria. Ciò almeno se si considera come non sia sufficiente una modifica nella legittimazione ad agire per capovolgere l'intero impianto del procedimento interdittivo, che ancora oggi appare, nonostante taluni ritocchi normativi, ed in particolare nonostante la previsione di possibili residui spazi di capacità per l'interdetto, uno strumento tuttora destinato a comprimere e non a proteggere la posizione dell'alienato mentale²⁹.

Al di là della mancata menzione dell'interdicendo tra i soggetti legittimati secondo l'originaria formulazione dell'art. 417 cod. civ., era proprio l'inesistenza di un interesse sostanziale di quest'ultimo a suggerire la soluzione negativa al quesito del possibile impulso processuale dell'interdicendo stesso. Non erano mancate, al riguardo, talune opinioni contrarie fondate prevalentemente sul carattere volontario del procedimento e sulla generale attribuzione di una legittimazione a stare in giudizio da parte dell'interdicendo medesimo, estensibile analogicamente alla legittimazione a proporre il ricorso. In altri termini, la circostanza per cui l'interdicendo disponeva della *legitimatio ad processum* e della legittimazione all'esercizio delle impugnazioni (art. 716 cod. proc. civ.) avrebbe consentito di attribuirgli altresì la possibilità dell'impulso processuale³⁰. Tuttavia, simile opinione è rimasta minoritaria in dottrina e non ha trovato riscontri giurisprudenziali: far leva sull'art. 716 cod. proc. civ., che riconosce la capacità processuale all'interdicendo, può infatti rappresentare un argomento che si presta ad una

²⁷ Un giudizio positivo sull'inclusione dell'interdicendo e dell'inabilitando tra le persone legittimate è espresso da VELLANI, M.: voce "Interdizione e inabilitazione (procedimento di)", Postilla di aggiornamento, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2007, p. 4.

²⁸ Per tutti, cfr. BIANCA, C.M.: "La protezione giuridica del sofferente psichico", *Riv. dir. civ.*, 1985, I, p. 25 ss.

²⁹ Appare superfluo ricordare come tali vizi d'origine dei tradizionali istituti di incapacitazione, non sanati dalla legge n. 6/2004, abbiano contribuito a giustificare la prospettiva di una abrogazione di interdizione ed inabilitazione, che verrebbero così assorbite dalla *vis attractiva* dell'amministrazione di sostegno. Si veda, in proposito, CENDON, P., ROSSI, R.: "Cenni sulla bozza di progetto di legge volto al rafforzamento dell'amministrazione di sostegno e all'abrogazione di interdizione e inabilitazione", *Fam. pers. succ.*, 2007, 662 ss.

³⁰ L'opinione è espressa da SATTI, S.: *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 1, Giuffrè, Milano, 1968, p. 330.

lettura contrapposta; appare infatti evidentemente contraddittorio ritenere che l'iniziativa processuale possa essere intrapresa proprio da colui che, all'interno del procedimento, si vede esplicitamente garantito un ruolo attivo solamente nel contrastare il procedimento di interdizione³¹.

La riforma del 2004, come si è detto, ha modificato i termini del problema, risolvendo *expressis verbis* la disputa dottrinale circa la possibile legittimazione dell'interdicendo, così come dell'inabilitando. Nel nuovo orizzonte delle forme di incapacità, l'estensione al soggetto debole del potere di chiedere l'applicazione del regime di protezione appare certamente coerente con un'istanza di valorizzazione dell'autonomia del disabile stesso; quest'ultimo, pertanto, sulla base di una personale autovalutazione dei propri interessi patrimoniali e personali, gode di un ampio potere processuale, che non è più limitato alla "resistenza" durante il procedimento ed alle impugnazioni contro la sentenza di interdizione ma che, all'opposto, potrà essere diretta favorevolmente al provvedimento di incapacitazione³².

Tuttavia, il nuovo quadro delle incapacità delineato con la recente normativa non risolve del tutto taluni nodi problematici legati alla legittimazione ad agire dell'interdicendo, ed anzi ne prospetta di nuovi, connessi in particolare alla difficile coesistenza dei vari strumenti di incapacitazione. Se, infatti, già prima della riforma appariva difficile scorgere un concreto interesse del disabile alla proposizione del ricorso volto alla propria interdizione, in ragione della totale ablazione della sua capacità e dello stigma sociale che ad essa si accompagnava, risulta oggi ancor più difficile che una persona affetta da infermità di mente possa indirizzarsi autonomamente e scientemente verso un provvedimento interdittivo. Invero, appare assai improbabile che un soggetto proponga una domanda diretta alla propria interdizione, essendo ben più verosimile che l'eventuale iniziativa si indirizzi piuttosto verso l'adozione di un provvedimento di amministrazione di sostegno, istituto che certamente appare più idoneo a garantire quella minore limitazione possibile della capacità di agire, che è obiettivo segnalato dal legislatore e che verrà in concreto ragionevolmente perseguito dallo stesso soggetto bisognoso di protezione. Se già la prassi applicativa segnala come rare siano le ipotesi di ricorso proposto dallo stesso interessato, volte ad avviare il procedimento di amministrazione di sostegno³³, si può ritenere che ancor più infrequenti siano

³¹ PESCARA, R.: "Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici", cit., p. 821.

³² In questa prospettiva, appare condivisibile la tesi secondo cui il potere di impugnare la decisione del giudice spetti all'interdicendo ed all'inabilitando anche nell'ipotesi di rigetto, e non soltanto di accoglimento, della domanda. Così NADDEO, F.: "Sub art. 5", cit., p. 239.

³³ Si può segnalare, al riguardo, in assenza di statistiche più generali, il dato offerto dall'Osservatorio veneto sulla condizione della persona anziana e disabile, ove si segnala che nel periodo trascorso dall'introduzione dell'Ads ed il 31 dicembre 2007, la percentuale

i casi in cui l'interdicendo stesso attivi il procedimento interdittivo, talché appare come l'attribuzione del potere di impulso processuale all'interdicendo rappresenti un'opzione di principio, cui non si accompagna alcuna pratica conseguenza.

Ancor più inverosimile, anche se teoricamente possibile, è l'ipotesi in cui un soggetto già sottoposto ad amministrazione di sostegno o a inabilitazione proponga personalmente il ricorso volto alla propria interdizione³⁴. Nei discussi rapporti tra i vari istituti di incapacitazione, non sembra dubitabile che il legislatore abbia comunque ritenuto che la condizione di un soggetto, che si trovi in uno degli stati di incapacità, non sia preclusiva della possibilità di proporre il ricorso indirizzato a differenti misure di protezione e pertanto, così come è indubbio che un interdetto possa proporre ricorso per la revoca della tutela e la sottoposizione ad amministrazione di sostegno³⁵, allo stesso modo è in linea di principio ipotizzabile il caso inverso³⁶.

L'attribuzione all'interdicendo del potere di impulso processuale risulta, inoltre, di difficile realizzazione anche ove si considerino i limitati ambiti di applicazione oramai residuali dell'interdizione³⁷. Sul punto, in virtù

dei ricorsi per la nomina di un amministratore di sostegno proposti dall'amministrando medesimo rappresentino solamente il 4% del totale dei 4600 ricorsi presentati.

³⁴ Sembrerebbe questa l'ipotesi corrispondente alla ricostruzione che ravvisa la necessità di una "priorità temporale" dell'amministrazione di sostegno rispetto all'interdizione (MILONE, L.: "L'amministrazione di sostegno nel sistema di protezione delle persone in difficoltà: prime applicazioni e prime perplessità", *Notariato*, 2005, p. 304 s.). Secondo questa tesi, affinché si giunga ad un provvedimento interdittivo, occorrerebbe aver sperimentato l'amministrazione di sostegno ed averne valutato la concreta idoneità nel singolo caso. Si tratta, tuttavia, di una ricostruzione che non ha trovato riscontri giurisprudenziali né il favore della dottrina, in quanto priva di una solida base nel dettato normativo e destinata a generare una farraginosità nei procedimenti di incapacitazione; quanto alla compatibilità con l'attribuzione del potere di impulso processuale all'interdicendo stesso, pare, infine, come si è detto, assai inverosimile che un soggetto sottoposto ad amministrazione di sostegno ritenga opportuno abbandonare tale flessibile misura che promuove i residui spazi di capacità per lasciarsi colpire da un provvedimento di interdizione dal carattere rigido e totalizzante.

³⁵ Recentemente, Cass. 9.2.2015, n. 2401, in *Foro it.*, 2015, I, 1231 ha confermato che l'interdetto, nel procedimento di revoca dell'interdizione, anche se introdotto su ricorso del tutore, è comunque legittimato a stare in giudizio a mezzo di un proprio difensore.

³⁶ Differente è, invece, la situazione del minore di età per il quale vale regola prevista all'art. 416 cod. civ., ove è stabilito che l'interdizione possa essere pronunciata, per i minori non emancipati, solamente nell'ultimo anno della minore età, avendo poi effetto dal compimento del diciottesimo anno. Sul tema, con riferimento ai rapporti tra minori di età e misure di incapacitazione, si veda PESCARA, R.: "Amministrazione di sostegno e minore età", in *Giustizia minore? La tutela giurisdizionale dei minori e dei "giovani adulti"*, a cura di M. CINQUE, Cedam, Padova, 2004, p. 137 ss.

³⁷ Sul carattere marginale ormai rivestito da interdizione e inabilitazione vi è concordia di vedute in dottrina. Tra i molti, v. DELLE MONACHE, S.: "Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2004,

dell'orientamento che pare consolidarsi tanto in dottrina quanto nella giurisprudenza di Cassazione, è opportuno considerare quali siano le ipotesi in cui la minore limitazione della capacità di agire non renda consigliabile al giudice il ricorso allo strumento dell'amministrazione di sostegno. Non vi è dubbio che la problematica della delimitazione dei confini tra amministrazione di sostegno e interdizione ed inabilitazione segni uno dei passaggi più delicati e tuttora controversi della riforma del 2004; occorre tuttavia rilevare come talune soluzioni mal si coordinino con la nuova estensione della legittimazione al soggetto che si trovi nelle condizioni per essere interdetto.

Ciò vale, ad esempio, per la tesi³⁸ che ravvisa una inadeguatezza dell'amministrazione di sostegno nelle ipotesi di totale infermità, rappresentate ad esempio dallo stato vegetativo o di coma, casi in cui l'unica misura idonea alla protezione del soggetto sarebbe l'interdizione. Se si accede a tale opinione, nella quale traspare l'idea che le differenti misure di incapacitazione siano graduate in ragione della gravità dell'infermità, non si comprende quale spazio potrebbe residuare per l'ipotesi di proposizione del ricorso da parte dello stesso interdicendo, certamente non in grado in tali evenienze di proporre alcun tipo di ricorso³⁹. La scelta legislativa di estendere la sfera dei legittimati alla proposizione del ricorso per interdizione, ricomprendendovi anche l'interdicendo, vale dunque a confermare, insieme ad altri indici normativi ed a ragioni di coerenza logica, che il *discrimen* tra l'amministrazione di sostegno e gli altri strumenti di incapacitazione non può collegarsi alla gravità della situazione di disturbo clinico, e dovrà pertanto essere ricercato su altre basi. Non compromette invece la linearità sistematica, anche in relazione alla riconosciuta legittimazione del soggetto interessato, la soluzione accolta dalla Corte di Cassazione e dalla dottrina più

II, p. 29; PATTI, S.: "L'amministrazione di sostegno: continuità e innovazione", in *L'amministrazione di sostegno*, a cura di S. Patti, Giuffrè, Milano, 2005, p. 219; CENDON, P.: "Un altro diritto per i soggetti deboli. L'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni", in *L'amministrazione di sostegno*, a cura di FERRANDO, G., cit., p. 54 ss.

In giurisprudenza, la residualità degli istituti tradizionali di incapacitazione è segnalata da Cass., 22 aprile 2009, n. 9628; Cass., 29 novembre 2006, n. 25366; Trib. Trieste, 5 ottobre 2006, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 404 ss.

³⁸ L'orientamento in parola pare accolto in numerose occasioni dalla giurisprudenza di merito; si vedano, in proposito, tra le altre, App. Milano, 3 marzo 2006, in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 511 ss; Trib. Torino, 26 febbraio 2007, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 721 ss; Trib. Trani, 21 maggio 2008, in *Corr. merito*, 2008, p. 1013.

³⁹ Tale ipotesi ricostruttiva contrasta altresì con la previsione di una limitata capacità di agire riconosciuta all'interdetto dall'art. 427 cod. civ. e si pone in contraddizione con l'orientamento espresso al riguardo dalla Supr. Corte. Sul punto, si veda Cass., 12.6.2006, n. 13584, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 275, con nota di ROMA, U.: "La Cassazione alla ricerca del discrimen tra amministrazione di sostegno e interdizione", ove espressamente si nega che l'ambito di applicazione dell'amministrazione di sostegno possa individuarsi in relazione al diverso, e meno intenso, grado di infermità e di impossibilità di attendere ai propri interessi da parte del soggetto privo di autonomia.

accorta, che com'è noto riconosce un limitato ambito di operatività all'interdizione nei soli casi in cui si tratti di intervenire con riguardo a iniziative patrimoniali di particolare delicatezza e/o quando occorra scongiurare la pericolosità di atti che il soggetto possa compiere in proprio pregiudizio⁴⁰.

Diversa sarebbe la soluzione, nell'ipotesi in cui si ritenga che l'interdicendo possa proporre la domanda di interdizione, in vista di una propria futura situazione di incapacità. Una simile prospettiva incline a non considerare il requisito dell'attualità per l'attivazione della misura protettiva trova certamente riscontro in altre esperienze europee ma con riferimento ad istituti modellati in forme differenti rispetto all'interdizione (si pensi, in proposito, a quei sistemi che oggi pongono al centro del quadro giuridico delle incapacità strumenti quali il mandato in vista dell'incapacità futura). Tuttavia, con riguardo all'interdizione, sembra difficile superare ostacoli di ordine testuale – basti pensare già alla dizione dell'art. 414 cod. civ. – ma anche di natura pratica, come ad esempio la verifica della sopravvenuta infermità mentale, la posizione dell'interdicendo prima del verificarsi della condizione di incapacità, la pubblicità nei confronti dei terzi, ma in generale l'intera costruzione del procedimento d'interdizione, la cui fase istruttoria si incentra necessariamente sull'esame personale dell'interdicendo, per citare solamente i problemi di coordinamento più evidenti⁴¹. Non va, peraltro, trascurata la circostanza che la misura interdittiva può apparire comunque inidonea a realizzare in concreto gli interessi di protezione del soggetto debole, se destinata ad operare nei casi in cui quest'ultimo non sia dotato di un minimo margine di autonomia: difettando ogni possibilità di relazionarsi con i terzi, mancherebbe infatti la potenziale pericolosità per se stesso del disabile, in ragione della propria inidoneità concreta ad operare giuridicamente e, pertanto, proprio gli stati di maggiore infermità non

⁴⁰ La giurisprudenza prevalente tende a ritenere che la misura dell'interdizione possa essere lo strumento preferibile laddove l'entità e la struttura patrimoniale dell'incapace richiedano una gestione articolata e complessa, tale da suggerire una piena sostituzione con la figura del tutore. Così Cass., 26 luglio 2013, n. 18171, in *Foro it.*, 2013, I, 3210 c. ss.; Cass., 12 giugno 2006, n. 13584, cit. In dottrina, DELLE MONACHE, S.: "Prime note", cit., p. 34 ss.; BONILINI, G., in BONILINI, G., CHIZZINI, A.: *L'amministrazione di sostegno*, 2° ed., Cedam, Padova, 2007, p. 60 ss.

⁴¹ Com'è noto, è presente in giurisprudenza un indirizzo che ammette invece la nomina di un amministratore di sostegno in favore di persona attualmente non affetta da malattia fisica o psichica ma in vista di una eventuale futura incapacità. Si tratta di ipotesi in cui l'utilizzo dell'amministrazione di sostegno appare strumentale ad ottenere una cornice normativa entro cui risolvere, fin tanto che manchi una adeguata disciplina legislativa, il problema delle direttive anticipate. Si inseriscono in questo filone giurisprudenziale, ad esempio, Trib. Modena, 13 maggio 2008, in *Fam. e dir.*, 2008, 923; Trib. Cagliari, 22 ottobre 2009, *ivi*, 2010, p. 161, con nota critica di BUGETTI, M.N.: "Amministratore di sostegno in favore di persona attualmente capace ed autonoma: oltre i confini dell'istituto?".

sembrano mostrare alcuna urgenza nell'adozione di un provvedimento totalmente ablativo della capacità⁴².

IV. LA LEGITTIMAZIONE DELLA PERSONA STABILMENTE CONVIVENTE.

Accanto alla legittimazione dell'interdicendo, la riforma del 2004 ha introdotto una ulteriore significativa novità, rappresentata dall'attribuzione del potere di impulso processuale alla "persona stabilmente convivente". La scelta legislativa di ampliare in tal modo il novero dei soggetti legittimati risponde, ad una prima analisi, all'esigenza di attribuire rilevanza giuridica a relazioni di fatto, idonee a generare un rapporto di prossimità con la persona disabile. Il riferimento alla "persona stabilmente convivente", tuttavia, lascia insoluti non pochi dubbi circa la concreta individuazione di quest'ultima, talvolta identificata in qualsiasi soggetto che risieda o conviva stabilmente con la persona nel cui interesse è proposto il ricorso⁴³; in una diversa accezione, egli diviene colui che è legato da relazioni anche meramente amicali purché significative o ancora da vincoli affettivi o solidaristici o lavorativi⁴⁴; vi è, infine, chi ritiene che l'espressione legislativa rimandi, in ultima analisi, al solo convivente *more uxorio*⁴⁵. La gamma delle possibili interpretazioni assegnate all'espressione utilizzata dal riformatore del 2004 si muove, dunque, lungo la traiettoria della più o meno intensa relazione di vita tra i conviventi.

Pare, peraltro, che una lettura restrittiva, la quale ancora il vincolo di

⁴² In tal senso PALADINI, M.: "Amministrazione di sostegno e interdizione giudiziale: profili sistematici e funzionalità della protezione alle caratteristiche relazionali tra il soggetto debole e il mondo esterno", *Riv. dir. civ.*, 2005, II, p. 585 ss., il quale prospetta la tesi che sia proprio il mantenimento da parte del disabile della possibilità di relazionarsi con l'esterno a condurre necessariamente all'adozione di un provvedimento di interdizione. In senso critico rispetto a tale ultima ricostruzione si veda DELLE MONACHE, S.: *Sub art. 404*, nel *Commentario del codice civile*, cit., p. 191 ss.

⁴³ CAMPESE, G.: "L'istituzione dell'amministrazione di sostegno e le modifiche in materia di interdizione e inabilitazione", *Fam. e dir.*, 2004, p. 132. Cfr. altresì MILONE, L.: "Il disegno di legge n. 2189 sull'amministratore di sostegno", in *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, a cura di S. PATTI, Giuffrè, Milano, 2002, p. 107, il quale giunge ad escludere il partner dell'interdicendo, qualora non risieda in maniera continua con l'interessato.

⁴⁴ Con varietà di accenti, v. DANOVÌ, F.: "Il procedimento per la nomina dell'amministratore di sostegno", *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 800; FERRANDO, G.: "Il beneficiario", in *L'amministrazione di sostegno*, a cura di S. PATTI, cit., p. 44.

⁴⁵ ROMA, U.: "La nozione di stabile convivenza e di convivenza nella disciplina dell'amministrazione di sostegno, dell'interdizione e dell'inabilitazione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, p. 504 ss.; NADDEO, F.: "Sub art. 5", cit., p. 239 ss.; LUPOI, M.A.: "Sub art. 406", nel *Commentario del Codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, *Della Famiglia*, a cura di L. BALESTRA, Utet, Torino, 2009, p. 236.

convivenza ad una relazione paraconiugale omo o eterosessuale, sia maggiormente convincente sulla base di una pluralità di argomentazioni. Innanzitutto, a fronte di una indubbia polisemia dell'espressione normativa, inidonea a fondare una soluzione sulla sola lettera del testo legislativo, è nell'interpretazione sistematica che si coglie un primo forte argomento a sostegno della tesi che assimila la stabile convivenza con i rapporti di tipo paraconiugale⁴⁶. La collocazione della persona stabilmente convivente subito dopo il coniuge e prima di altri soggetti legati all'incapace da vincoli di parentela o affinità suggerisce una particolare intensità nel legame tra convivente e interdicendo (analoghi rilievi valgono per l'inabilitando e, in forza del richiamo contenuto all'art. 406 cod. civ., per il soggetto che sarà sottoposto ad amministrazione di sostegno). Tale vincolo particolarmente qualificato non pare ravvisabile, com'è evidente, nella coabitazione ma nemmeno nella coabitazione accompagnata da un legame affettivo, solidaristico o lavorativo, ben potendo ritenersi riservato al solo rapporto che assurge ai connotati dell'unione *more uxorio*.

Laddove il legislatore ha inteso fare riferimento a qualsiasi persona che coabiti con il disabile, come nell'ipotesi prevista all'art. 407, comma 1°, cod. civ., si è utilizzata una differente formula, quella dei "conviventi", essa pure non priva di ambiguità ma da intendersi in una accezione più estesa, anche in ragione della *ratio* dell'art. 407, ove si fa riferimento a qualsiasi soggetto in grado di fornire al giudice tutelare utili informazioni. Ben più pregnante è invece il legame che si richiede per poter proporre una domanda di interdizione, rispetto alla quale la figura del convivente *more uxorio* pare garantire il permanere della riconosciuta sussistenza di un "presumibile rapporto di prossimità o di responsabilità"⁴⁷ nei confronti del soggetto debole, già caratteristica di ciascun legittimato all'azione prima della riforma del 2004. Coerente con la soluzione prescelta è altresì la regola prevista dall'art. 426 cod. civ., in virtù della quale il convivente – al pari di coniuge, discendenti e ascendenti – non è esonerato dall'ufficio della tutela oltre i dieci anni; è logico ritenere che, anche in tal caso, l'espressione "persona stabilmente convivente" conservi il medesimo significato di convivente *more uxorio*, essendo soltanto quest'ultimo tipo di relazione particolarmente qualificata a giustificare un'estensione temporale degli obblighi di tutela così duratura nel tempo⁴⁸.

⁴⁶ Così ROMA, U.: "La nozione di stabile convivenza", cit., p. 509 ss.

⁴⁷ PESCARA, R.: "Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici", cit., p. 818.

⁴⁸ Sul punto, si vedano le considerazioni di ROMA, U.: "La nozione di stabile convivenza", cit., p. 513, ove l'autore afferma che "è, senz'altro, fondato ritenere che l'imposizione del protrarsi di un compito impegnativo e gratuito veda quale esclusivo destinatario un soggetto legato al beneficiario delle tre misure di protezione da un vincolo solidaristico ed affettivo particolarmente intenso, qual è, nella valutazione sociale, quello esistente tra

Anche l'argomento della comparazione, che com'è noto può talvolta concorrere utilmente ad orientare l'interprete, suggerisce che l'espressione legislativa si riferisca ad una relazione *more uxorio*. I caratteri della stabilità e della omologabilità all'*affectio maritalis* emergono, ad esempio, da un parallelo con la disciplina francese, che certamente rappresenta il modello più vicino alla soluzione italiana⁴⁹. Il già citato art. 430 del codice francese, così come riformulato dalla legge n° 2007-308 del 5 marzo 2007, contempla tra i soggetti legittimati, dopo il coniuge e prima degli altri parenti, *le partenaire avec qui elle a conclu un pacte civil de solidarité ou son concubin, à moins que la vie commune ait cessé entre eux*. La perfetta simmetria nell'ordine dei legittimati rafforza la tesi per cui l'espressione utilizzata dal legislatore italiano possa essere intesa nella limitata accezione più simile alla categoria utilizzata olttralpe.

È singolare notare come anche in Francia, all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 1999-944 istitutiva del *Pact civil de solidarité*, non siano mancate perplessità circa l'ambito soggettivo di applicazione, con interpretazioni, come di consueto in tale materia, oscillanti tra la semplice coabitazione e il rapporto paraconiugale. I dubbi, tuttavia, sono stati sciolti da una decisione del *Conseil Constitutionnel*⁵⁰ - che, com'è noto, decide in via preventiva della costituzionalità delle leggi prima della loro entrata in vigore - in cui il requisito legislativo della "*vie commune*" è stato inteso non quale semplice forma di coabitazione, né di comunanza di interessi, né di unione assistenziale, bensì come requisito che impone necessariamente l'esistenza di una vita di coppia, dal contenuto affettivo-sessuale⁵¹.

La soluzione che qui si accoglie, la quale sembra sostenuta da diversi e concordanti argomenti, consente di reputare superato, con un certo grado di sicurezza, il dubbio di legittimità costituzionale sollevato da una parte della dottrina, legato alla mancata specificazione del limite di rilevanza della convivenza e del suo sistema di accertamento⁵². Quanto al primo profilo, non pare comunque sostenibile che ogni possibile dubbio interpretativo,

conviventi paraconiugali. Va escluso, invece, che l'eccezione possa giustificarsi in forza del mero fatto della coabitazione o della coabitazione congiunta ad un rapporto affettivo di altra natura o ad un rapporto lavorativo".

⁴⁹ Nello stesso senso depone la comparazione con l'esperienza spagnola. Si veda, al riguardo, il già citato art. 757 della *Ley de enjuiciamiento civil* de 7.1.2000 che accanto al coniuge contempla tra i soggetti legittimati anche il partner di fatto (*el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable*).

⁵⁰ N. 99-4 19 DC del 9 novembre 1999.

⁵¹ Sul punto, nella letteratura italiana, v. PESCARA, R.: "Le convivenze non matrimoniali nelle legislazioni dei principali paesi europei", ne *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. FERRANDO, vol. II, *Rapporti personali e patrimoniali*, Zanichelli, Bologna, 2008, p. 1005 ss.

⁵² Si tratta delle perplessità manifestate da NAPOLI, V.: "L'interdizione e l'inabilitazione", in *L'amministrazione di sostegno*, a cura di S. PATTI, Giuffrè, Milano, 2005, p. 21 e ID., *L'amministrazione di sostegno*, nel *Trattato teorico-pratico di diritto privato*, a cura di G. ALPA e S. PATTI, Cedam, Padova, 2009, p. 119 s.

dovuto ad una scarsa chiarezza dei testi normativi, si risolve in una dichiarazione di illegittimità costituzionale, ben potendosi risolvere il problema attraverso una attenta attività interpretativa dottrinale e giurisprudenziale. Circa, invece, l'assenza di un sistema di accertamento del rapporto di convivenza, che non dipenda dalla sola affermazione unilaterale del convivente medesimo, non sembra che il problema comprometta *in toto* la legittimità costituzionale della norma. Una soluzione ragionevole potrebbe infatti prevedere che colui che si afferma "convivente abituale" del soggetto da interdire debba fornire la prova di tale rapporto di convivenza, non limitandosi alla mera dichiarazione unilaterale, ma suffragandola, in assenza di un sistema di accertamento "anagrafico"⁵³, con qualsiasi altro mezzo probatorio. Del resto, opinando diversamente, dovrebbe escludersi qualsiasi rilievo al rapporto di convivenza, in ogni sua manifestazione, pure laddove l'ordinamento, nelle poche timide manifestazioni legislative o in quelle giurisprudenziali, ha reputato di dover attribuire rilevanza a tali relazioni, il che certamente appare del tutto fuori luogo.

Sulla base della soluzione che pare preferibile, dunque, la novellazione dell'art. 417 cod. civ. riguarderebbe, sul punto, solamente il convivente *more uxorio* e non anche altri soggetti che coabitino con il disabile o che convivano con quest'ultimo, pur se legati da un rapporto di amicizia o di solidarietà o lavorativo.

Ragioni di coerenza logica inducono a ritenere che, nella ristretta cerchia di soggetti così legittimati attivamente, rientrino peraltro anche i conviventi dello stesso sesso. Sul punto, non pare legittimo sollevare alcun dubbio, anche facendo leva sulla costante equiparazione che, pur nei limitati ambiti in cui finora si è manifestata la rilevanza dei rapporti di convivenza, la giurisprudenza ha riconosciuto tra coppie di sesso opposto e dello stesso sesso. Il problema della rilevanza giuridica delle relazioni omosessuali ovviamente travalica i limiti di queste pagine ma, nel contesto giuridico italiano, in attesa dell'approvazione di una disciplina sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso, sembra lecito ritenere che, anche con riguardo al limitato peso che possa rivestire la legittimazione attiva nei procedimenti di incapacitazione, una diversa conclusione sia in contrasto con un generale principio di non discriminazione legato all'orientamento sessuale.

V. GLI ALTRI SOGGETTI LEGITTIMATI.

⁵³ I dubbi interpretativi potrebbero essere risolti anche da un coordinamento sistematico con la nuova disciplina sulle convivenze, che – salvo sorprese – dovrebbe a breve essere approvata dal Parlamento italiano.

Per quanto attiene alle ulteriori categorie di legittimati al ricorso per l'interdizione, contemplate all'art. 417 cod. civ., e non modificate dalla riforma del 2004, la dottrina e la giurisprudenza, pur quantitativamente assai scarsa, sono pervenute, nel corso degli anni, a soluzioni interpretative oramai consolidate.

Così, con riferimento alla legittimazione attiva del coniuge, si riconosce pacificamente come il ricorso possa essere presentato anche dal coniuge separato, ma non da quello divorziato. La legittimazione del coniuge separato si spiega innanzitutto in base alla considerazione che la separazione non incide sullo *status* di coniuge e trova peraltro conferma, *a contrario*, nel disposto dell'art. 424, comma 3°, cod. civ., ove espressamente viene escluso dal novero dei soggetti che possono essere nominati tutori⁵⁴. Tra le ragioni che concorrono al permanere della legittimazione attiva in capo al coniuge separato, vi sarebbe secondo taluni anche la possibilità che quest'ultimo possa essere esposto a pregiudizi economici, conseguenti alla mancata interdizione del proprio coniuge⁵⁵; tale argomentazione appare, tuttavia, assai debole e finanche fuorviante, essendo legata con tutta evidenza ad una logica di salvaguardia dei terzi rispetto agli atti posti in essere dal disabile. Una simile considerazione della *ratio* della misura interdittiva, ma che varrebbe anche per inabilitazione ed amministrazione di sostegno stante la comune menzione del coniuge tra i legittimati attivi, sembra essere superata nettamente dal nuovo corso delle misure di incapacitazione, ispirate nei loro tratti fondamentali ad un obiettivo di protezione e promozione del disabile e non di salvaguardia della società o dei suoi più stretti congiunti nei suoi confronti. Quanto, invece, alla posizione del coniuge divorziato, la dottrina unanime esclude una sua legittimazione, già in ragione dell'assenza del dato formale della qualità di coniuge. Alla stessa conclusione si perviene con riguardo alla posizione del soggetto coniugato con matrimonio cattolico non trascritto o non cattolico, che non abbia effetti civili⁵⁶.

Tra i legittimati alla proposizione del ricorso si fa menzione all'art. 417 cod. civ. dei parenti entro il quarto grado, senza ulteriori specificazioni. Profili di problematicità erano in passato emersi con riguardo alla posizione dei fratelli

⁵⁴ PESCARA, R.: "L'infermità di mente, l'interdizione, l'inabilitazione", cit., p. 819. La differenza di disciplina appare pienamente giustificata nelle due situazioni: nel caso dell'art. 417 cod. civ. viene solamente attribuito un potere di impulso processuale, mentre nell'ipotesi contemplata all'art. 424 cod. civ. sul coniuge dell'incapace incombe il gravoso compito di svolgere le funzioni di tutore (o curatore o amministratore), circostanza che certamente non pare compatibile con uno stato di avanzata patologia del rapporto coniugale.

⁵⁵ Così SPANGARO, A.: "Sub art. 417", nel *Commentario del Codice Civile Utet*, diretto da E. GABRIELLI, Utet, Torino, 2009, p. 395.

⁵⁶ BRUSCUGLIA, L.: *Interdizione per infermità di mente*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 44. Diversamente NAPOLI, E.V., "L'infermità di mente, l'interdizione, l'inabilitazione", cit., p. 168, nt. 36.

e sorelle naturali, per i quali una risalente giurisprudenza di merito si era espressa in senso negativo⁵⁷. La recente riforma della filiazione (l. 219/2012), che modifica il paradigma stesso della parentela statuendo che il legame di parentela sussiste tra le persone che discendono da uno stesso stipite in ogni ipotesi di filiazione nata nel e fuori del matrimonio, toglie ogni possibile dubbio alla soluzione positiva.

Non paiono esservi difficoltà nemmeno con riferimento alla possibile legittimazione dei figli, ed anche in questo caso l'unicità dello status di figlio - tratto fondante della riforma della filiazione - ha semplificato qualsiasi possibile problema interpretativo⁵⁸. Una sola questione è emersa nel dibattito dottrinale, in relazione alla c.d. adozione dei maggiorenni per quali si è talora negata la possibilità di attivare il procedimento di interdizione⁵⁹. Non si vede, in realtà, la ragione per la quale i figli adottati ai sensi degli artt. 291 e ss., con i quali si instaura un vero e proprio rapporto di filiazione, non debbano essere considerati idonei a promuovere il giudizio di interdizione nei confronti del loro genitore adottivo. Se anzi si guarda alle finalità dell'adozione dei maggiorenni, tra le quali rientra la possibile funzione assistenziale nei confronti dei nuovi genitori anziani, ben si comprende come proprio il figlio adottivo possa essere ragionevolmente chiamato a promuovere l'interdizione al sopravvenire di una situazione di infermità mentale⁶⁰.

Quanto alla posizione degli affini, sono certamente legittimati a promuovere l'azione di interdizione genero, nuora e suoceri dell'interdicendo; tale legittimazione non viene a cessare nemmeno con la morte del coniuge da cui deriva l'affinità: è noto, infatti, che nel caso di vedovanza non vi è estinzione del vincolo di affinità con la famiglia del coniuge defunto e ciò nemmeno in ipotesi di nuovo matrimonio⁶¹. Il venir meno della legittimazione si verifica,

⁵⁷ Trib. Milano, 24 febbraio 1966, in *Monit. Trib.*, 1966, 977. Nello stesso senso BRUSCUGLIA, L., cit., p. 47 e, più di recente, SPANGARO, A.: "Sub art. 417", cit., p. 395 s.

⁵⁸ In giurisprudenza di merito, si esclude comunque che possano proporre il ricorso i cd. figliastri; in un caso riguardante il ricorso per la nomina di un amministratore di sostegno, si è escluso infatti che i figliastri possano essere ricompresi nella categoria dei "parenti entro il quarto grado" del beneficiario e si è così rigettato il ricorso presentato dalle figliastre, nate dalla precedente unione dell'attuale coniuge di secondo letto del beneficiario. Così Trib. Modena, 9.7.2014, in *Dejure*.

⁵⁹ NAPOLI, E.V.: "L'infermità di mente, l'interdizione, l'inabilitazione", cit., p. 162. *Contra*, con argomentazioni condivisibili, SPANGARO, A.: "Sub art. 417", cit., p. 394 s.

⁶⁰ Sulle funzioni dell'adozione dei maggiorenni, v. DE GIORGI, M.V.: "Adozione di persone maggiori di età", *Nuove leggi civ. comm.*, 1984, p. 198; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, A.: "Dell'adozione di persone maggiori d'età", nel *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro it., Bologna-Roma, 1995, p. 372 ss.

⁶¹ Così, ad esempio, Cons. Stato, V, 13 maggio 1991, in *Dir. eccl.*, 1992, II, p. 319. La tesi per cui la legittimazione attiva verrebbe a mancare con la morte del coniuge è sostenuta da SCHIZZEROTTO, G.: *Interdizione e inabilitazione nella giurisprudenza*, Cedam, Padova, 1972, p.

invece, in caso di scioglimento del matrimonio da cui deriva l'affinità o anche di annullamento dello stesso; in quest'ultimo caso, la legittimazione non permane nemmeno in caso di matrimonio contratto in buona fede e poi annullato, poiché in tal caso, com'è noto, il matrimonio conserva limitati effetti civili *ex art.* 128 cod. civ. – fino alla sentenza di nullità – solo nei confronti di coniugi e figli.

Nel caso in cui il procedimento di interdizione sia rivolto ad un minore d'età, la legittimazione attiva si restringe ai soli genitori dell'interdicendo o al pubblico ministero. L'ipotesi considerata è quella in cui la domanda di interdizione venga presentata nell'ultimo anno della minore età, prevista all'art. 416 cod. civ.; la restrizione del novero dei soggetti legittimati è stabilita in ragione della particolare natura della relazione genitore-figlio, tale per cui si ritiene che i genitori siano i soggetti che meglio di ogni altro possano valutare l'opportunità di promuovere un giudizio di interdizione. Si ritiene generalmente che il ricorso dei genitori debba, in tali ipotesi, essere presentato congiuntamente, anche in caso di scissione tra titolarità ed esercizio della potestà parentale, mentre in caso di disaccordo si darà luogo alla procedura prevista dall'art. 316 cod. civ.⁶².

Nella disciplina dell'amministrazione di sostegno, come si è detto, è previsto un espresso richiamo ai soggetti legittimati individuati all'art. 417 cod. civ. con riferimento a interdizione e inabilitazione. Vi si aggiunge, però, anche l'attribuzione del potere di impulso processuale ai responsabili dei servizi sanitari⁶³ e sociali impegnati nella cura ed assistenza della persona e ciò rappresenta una delle principali differenze tra i diversi istituti di protezione quanto ai profili di legittimazione attiva. In realtà, non del tutto chiara appare la ragione per la quale i responsabili dei servizi sanitari e sociali siano tenuti a proporre il ricorso per la nomina di un amministratore di sostegno, ove a conoscenza di fatti tali da rendere opportuna l'apertura del procedimento, mentre sia loro preclusa la possibilità di promuovere un giudizio di interdizione. È ben vero che l'apertura di un procedimento interdittivo segna ancora oggi un momento di particolare gravità nella vita del soggetto debole, caratterizzato da profili di delicatezza superiori rispetto a quelli che emergono con un'amministrazione di sostegno, ma non sembra ragionevole per ciò solo escludere dal novero dei legittimati coloro che, in adempimento delle loro funzioni, siano a conoscenza dello stato di abituale infermità di mente che possa in ipotesi richiedere un provvedimento di interdizione. Tale dimenticanza del riformatore appare ancor più censurabile ove si rifletta che,

108. In senso contrario, argomentando dal tenore dell'art. 78 cod. civ., PESCARA, R.: "Tecniche privatistiche", cit., p. 820.

⁶² Così BRUSCUGLIA, L.: *Interdizione*, cit., p. 10; PESCARA, R., "Tecniche privatistiche", cit., p. 820.

⁶³ Si veda, in argomento, MASONI, R., "Il ruolo dei servizi sociali nella procedura di amministrazione di sostegno", *Giur. it.*, 2006, p. 284.

per il principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, il giudice, ove anche lo ritenesse opportuno, non potrebbe emanare un provvedimento di interdizione nell'ambito di un giudizio volto alla nomina di un amministratore di sostegno, mentre è ben possibile il caso inverso *ex art.* 418 cod. civ. I responsabili dei servizi sociali e sanitari sono dunque chiamati ad una valutazione anche sulla tipologia del provvedimento da adottare, dovendo alternativamente presentare il ricorso per la nomina di un amministratore di sostegno o limitarsi a segnalare al pubblico ministero la sussistenza dei presupposti per l'interdizione, promuovendo così solo indirettamente il giudizio⁶⁴. Da ciò emerge, dunque, non soltanto una irragionevole differenziazione tra le due discipline, ma anche un evidente problema di carattere pratico.

BIBLIOGRAFIA

ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “La incapacitación en España”, *Rev. boliv. de derecho*, enero 2014.

ATKINSON, J.: *Private and Public Protection: Civil Mental Health Legislation*, Dunedin Academic Press, Edinburgh, 2006.

AUTORINO STANZIONE, G., ZAMBRANO, V. (curr.), *Amministrazione di sostegno. Commento alla legge 9 gennaio 2004, n. 6*, a cura di, Giuffrè, Milano, 2004.

BARTLETT, P.: *Blackstone's Guide to the Mental Capacity Act 2005*, Oup, Oxford, 2005.

BIANCA, C.M.: “La protezione giuridica del sofferente psichico”, *Riv. dir. civ.*, 1985.

BONILINI, G., CHIZZINI, A.: *L'amministrazione di sostegno*, 2° ed., Cedam, Padova, 2007.

BRUSCUGLIA, L.: *Interdizione per infermità di mente*, Giuffrè, Milano, 1983.

BUGETTI, M.N.: “Amministratore di sostegno in favore di persona attualmente capace ed autonoma: oltre i confini dell'istituto?” in *Fam. e dir.*, 2008.

⁶⁴ Come evidenziato da CHIZZINI, A.: *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 419 “l'alternativa tra ricorso o denuncia si pone quando i servizi stessi siano incerti in ordine allo strumento giuridico più idoneo da scegliere per fornire adeguata assistenza al disabile”.

CALÒ, E.: *Amministrazione di sostegno. Legge 9 gennaio 2004, n. 6*, Giuffrè, Milano, 2004.

CAMPESE, G.: “L’istituzione dell’amministrazione di sostegno e le modifiche in materia di interdizione e inabilitazione”, *Fam. e dir.*, 2004.

CENDON, P. (cur.), *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, Esi, Napoli, 1988.

CENDON, P., ROSSI, R.: “Cenni sulla bozza di progetto di legge volto al rafforzamento dell’amministrazione di sostegno e all’abrogazione di interdizione e inabilitazione”, *Fam. pers. succ.*, 2007.

CIAN, G.: “L’amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee”, *Riv. dir. civ.*, 2004.

DANOVI, F.: “Il procedimento per la nomina dell’amministratore di sostegno”, *Riv. dir. proc.*, 2004.

DE GIORGI, M.V.: “Adozione di persone maggiori di età”, *Nuove leggi civ. comm.*, 1984.

DELLE MONACHE, S.: “Prime note sulla figura dell’amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2004.

FERRANDO, G. (cur.), *L’amministrazione di sostegno*, Giuffrè, Milano, 2005.

FERRANDO, G., LENTI, L. (curr.), *Soggetti deboli e misure di protezione*, Giappichelli, Torino, 2006.

FERRANDO, G., VISINTINI, G. (curr.), *Follia e diritto*, Bollati Boringhieri ed., Torino, 2003.

HAUSER, J.: “Réforme des tutelles. Les acteurs de la protection: la famille et l’incapable majeur”, *Revue Droit de la Famille*, 2007.

JEAN, J., JEAN, A.: *Mieux comprendre la tutelle et la curatelle*, Vuibert ed., Paris, 2^a ed., 2008.

JONES, R.: *Mental Capacity Act 2005 Manual*, 5th ed., Sweet & Maxwell, London, 2012.

JÜRGENS A. (cur.): *Kommentar zum materiellen Betreuungsrecht, zum Verfahrensrecht und zum Vormünder - und Betreuervergütungsgesetz*, C.H. Beck, München, 2010.

LUPOI, M.A.: “Sub art. 406”, nel *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Della Famiglia*, a cura di L. Balestra, Utet, Torino, 2009.

MALAUURIE, P.: *Les personnes, les incapacités, Droit civil*, Defrénois, Paris, 3° ed., 2007.

MASONI, R., “Il ruolo dei servizi sociali nella procedura di amministrazione di sostegno”, *Giur. it.*, 2006.

MILONE, L.: “L’amministrazione di sostegno nel sistema di protezione delle persone in difficoltà: prime applicazioni e prime perplessità”, *Notariato*, 2005.

MONTSERRAT PEREÑA, V.: *Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: las soluciones del derecho civil*, Dykinson, Madrid, 2006.

MORTARA, L.: *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, V, Vallardi, Milano, 1926.

NAPOLI, V., *L’amministrazione di sostegno*, nel *Trattato teorico-pratico di diritto privato*, a cura di G. Alpa e S. Patti, Cedam, Padova, 2009.

NAPOLI, E.V. (cur.), *Gli incapaci maggiorenni*, Giuffrè, Milano, 2005.

PALADINI, M.: “Amministrazione di sostegno e interdizione giudiziale: profili sistematici e funzionalità della protezione alle caratteristiche relazionali tra il soggetto debole e il mondo esterno”, *Riv. dir. civ.*, 2005.

PALANDT, O.: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 75° ed., C.H. Beck, München, 2016.

PATTI, S. (cur.), *L’amministrazione di sostegno*, Giuffrè, Milano, 2002.

PATTI, S. (cur.), *La riforma dell’interdizione e dell’inabilitazione*, Giuffrè, Milano, 2002.

PESCARA, R.: “Amministrazione di sostegno e minore età”, in *Giustizia minore? La tutela giurisdizionale dei minori e dei “giovani adulti”*, a cura di M. CINQUE, Cedam, Padova, 2004.

PESCARA, R.: “Le convivenze non matrimoniali nelle legislazioni dei principali paesi europei”, ne *Il nuovo diritto di famiglia, Trattato Ferrando*, vol. II, *Rapporti personali e patrimoniali*, Zanichelli, Bologna, 2008.

PESCARA, R.: “Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici”, nel *Trattato Rescigno*, 2° ed., 4, III, Utet, Torino, 1997.

PIOLA, G.: *Delle persone incapaci*, I, Margheri ed., Napoli-Torino, 1910.

POGGESCHI R., *Il processo di interdizione e di inabilitazione*, Giuffrè, Milano, 1958.

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, A.: “Dell’adozione di persone maggiori d’età”, nel *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro it., Bologna-Roma, 1995.

QUESADA GONZÁLEZ, M.C.: *La tutela y otras instituciones de protección de la persona*, Atelier, Barcelona, 2004.

ROMA, U.: “La Cassazione alla ricerca del discrimen tra amministrazione di sostegno e interdizione”, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007.

ROMA, U.: “La nozione di stabile convivenza e di convivenza nella disciplina dell’amministrazione di sostegno, dell’interdizione e dell’inabilitazione”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2006.

SATTA, S.: *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 1, Giuffrè, Milano, 1968
SCARDULLA, F.: voce “Interdizione (dir. civ.)”, in *Enc. del dir.*, XXI, Giuffrè, Milano, 1971.

SCHIZZEROTTO, G.: *Interdizione e inabilitazione nella giurisprudenza*, Cedam, Padova, 1972.

SERRANO GARCÍA, I. (cur.), *La protección jurídica del discapitado*, II Congreso Regional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

SPANGARO, A.: “Sub art. 417”, nel *Commentario del Codice Civile Utet*, diretto da E. Gabrielli, Utet, Torino, 2009.

STELLA-RICHTER M., SGROI V.: “Dell’infermità di mente, dell’interdizione e dell’inabilitazione”, nel *Commentario del codice civile*, I, tomo II, *Delle persone e della famiglia*, Utet, Torino, 1967.

STOLFI, N.: *Diritto civile*, I, *Il negozio giuridico e l’azione*, 2° ed., Utet, Torino, 1931.

VACCARELLA, R.: “Il processo d’interdizione e l’insufficienza mentale”, *Rass. dir. civ.*, 1985.

VELLANI, M.: “Alcune considerazioni sull’esame dell’interdicendo o dell’inabilitando”, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1995.

VELLANI, M.: voce “Interdizione e inabilitazione (procedimento di)”, Postilla di aggiornamento, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2007.

VENCHIARUTTI, A.: “Amministrazione di sostegno e progetti di protezione”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2006.

VIGNOLO, E.: “Principio inquisitorio e impulso di ufficio nel procedimento di interdizione”, *Riv. dir. civ.*, 1975.

APLICAÇÃO NO BRASIL DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

APPLICATION IN BRAZIL OF THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF
PERSONS WITH DISABILITIES

DR. NELSON ROSENVALD

Professor Investigador na Universidade de Coimbra (Portugal)

nelson.rosenvald@me.com

RESUMO: A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência substitui o paradigma individual, subjetivo e médico da proteção do indivíduo com sofrimento mental pelo viés da segregação e neutralização de situações existenciais, por um modelo social inclusivo de direitos humanos, de promoção da dignidade que importa em um giro transcendente na condição da pessoa com deficiência, por duas vias: a) garantia do acesso à direitos fundamentais (moradia, saúde, educação); b) reforço à autonomia privada da pessoa com deficiência - mesmo quando em situação de curatela - mediante a criação e reformulação de modelos jurídicos proporcionais e flexíveis, aptos a preservar na medida do possível o espaço de autogoverno do sujeito de direitos. Há um contexto social que requer adaptação para que todos os seres humanos participem ativamente da vida comunitária e se mantenha como centro das decisões que lhe afetem. Não é mais possível efetuar qualificações jurídicas nem sanitárias fundadas exclusivamente em diagnósticos ou antecedentes de saúde mental. Esse novo paradigma é dotado de uma força expansiva sob outros setores do ordenamento, impondo uma reconfiguração dos limites da capacidade de agir, da invalidade dos atos negociais e da tutela patrimonial e existencial da pessoa humana. A incapacidade será uma resposta residual, excepcional e restritiva que só procederá quando a alternativa menos gravosa da restrição da capacidade resulte inadequada frente a absoluta impossibilidade da pessoa interagir com o seu entorno e expressar vontade, ao tempo que o sistema de apoios previsto como inicial auxílio em favor do exercício da capacidade pareça insuficiente.

PALAVRAS-CHAVE: deficiência; capacidade; personalidade; curatela.

ABSTRACT: The International Convention on the Rights of Persons with Disabilities replaces the individual, subjective and medical paradigm of the person with mental suffering under the bias of segregation and neutralization of the factual situations with a social model inclusive of human rights, of the promotion of dignity that results in a transcendent turn in the condition of the person with disability, in two manners: a) ensuring access to fundamental rights (housing, health, education); b) reinforcing the private autonomy of the

person with disability - even when under a curatorship - by creating and reformulating proportional and flexible legal models that are capable of preserving the space of self care of the subject of such rights, to the extent possible. There is a social context that requires adjustment so that all human beings may actively participate in community life and remain in the center of the decisions that affect them. Legal and sanitary classifications can no longer be based solely on mental health precedents or diagnosis. This new paradigm has an expansive force that spreads into other sectors, requiring a reconfiguration of the limits of the ability to act, the invalidity of business transactions, and the protection of the person and their equity. Incapacity will be a residual, exceptional, and restrictive response used only when the less encumber some alternative of restriction of capacity is inappropriate given the person's total impossibility of interacting with its environment and expressing their will, and provided that the support system set as initial help for the exercise of capacity is lacking.

KEY WORDS: disability; capacity; personality; curatorship.

FECHA DE ENTREGA: 15/04/2016/FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/05/2016.

SUMARIO: I. INTRODUÇÃO.- II. REVISANDO A TEORIA DAS INCAPACIDADES.- III. A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O MODELO SOCIAL DE DIREITOS HUMANOS.- 1. Eficácias da dignidade da pessoa humana.- 2. A capacidade plena da pessoa com deficiência.- 3. As salvaguardas legais.- IV. CONCLUSÃO.

I. INTRODUÇÃO.

Em 7 de Julho de 2015 foi publicada a Lei n. 13.146/15, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, contendo 127 artigos. A normativa entrou em vigor 180 dias após a sua publicação, com acentuada repercussão sobre todo o sistema jurídico, notadamente no plano do direito civil. O diploma legal materializa a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 13.12.2006, ratificada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo no 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3o do art. 5o da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto no 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno¹.

Em seus 50 artigos, a Convenção de nova York substancializa os incisos I e IV do art. 3º da Constituição Federal no plano da promoção do valor inerente das pessoas com deficiência: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade *livre, justa e solidária*; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e *quaisquer outras formas de discriminação*”². Por conseguinte, sendo o objeto da CDPD (art.1.) o princípio da não discriminação, com o propósito de “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”, indubitavelmente estamos diante de uma janela de oportunidades para que o

¹ A aprovação da Convenção Internacional representa a conclusão de um longo caminho voltado a reafirmação da Conferência de Viena das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, de 25/6/1993, do princípio da “universalidade, indivisibilidade, interdependência e interrelação de todos os direitos humanos”. Esse texto foi o embrião do projeto de uma Convenção Internacional compreensiva de proteção e promoção dos direitos e da dignidade da pessoa com deficiência.

² Ao contrário do art.3. da Constituição Italiana, a nossa Lei Maior não foi explícita a ponto de inserir dentre os deveres do Estado o de “remover os obstáculos de ordem social e econômica que, limitando de fato a liberdade e igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana”.

sistema jurídico brasileiro garanta a igualdade de oportunidades³ que sejam dispostas na comunidade, restaure a visibilidade de cidadãos historicamente relegados ao limbo e impeça que, pelo motivo de deficiência, uma pessoa sofra menos valia em sua trajetória de vida.

II. REVISANDO A TEORIA DAS INCAPACIDADES.

“Ninguém é doido. Ou então, todos”. Na infindável lista de neologismos cunhados por Guimarães Rosa, o *personagente* é mais do que personagem e menos do que protagonista. Está no meio do caminhos entre as coisas e os adultos tidos como normais. Os *personagens* pertencem a duas categorias, os loucos e as crianças. Os da primeira são particularmente numerosos no universo roseano. Rodeados da áurea de sapiência e santidade de que os cerca o povo, exibem infindáveis esfumaturas e gradações da demência. Impossível traçar, aliás, a linha de demarcação entre esta última e a normalidade, tanto mais quanto por vezes a mais previdente e calculadora sabedoria se disfarça em mania, enquanto a loucura pode heroicamente adotar soluções de bom senso que a razão pusilânime não ousa levar em consideração⁴.

Se em Guimarães Rosa, as variantes da loucura interessam não como casos clínicos, e sim como campo propício à invasão do irreal, do irracional, do mágico –numa palavra, da poesia–, pela própria natureza de sua linguagem, assim nunca se deu no campo do direito.

Toda sociedade é por definição “excludente”, por deliberadamente selecionar aqueles que serão incluídos ou excluídos da coletividade. Em um primeiro momento, as religiões cumpriam essa função social, prescindindo das pessoas com deficiência, seja mediante um modelo *eugênico* (Grécia e Roma) ou um modelo de *marginalização* (idade média), no qual a exclusão das pessoas tidas como “diferentes” era a única resposta social aceitável. Posteriormente, com o advento dos iluminismos este papel foi paulatinamente delegado à medicina-psiquiatria. Como o ideal da modernidade se amparava no cientificismo e no progresso, fundou-se o modelo da *reabilitação*, cujo objetivo era normalizar as pessoas incapazes que, por problemas individuais, não se

³ Entende-se igualdade de oportunidades como “o processo mediante o qual os diversos sistemas da sociedade, o entorno físico, os serviços, as atividades, a informação e a documentação se põem a disposição de todos, especialmente as pessoas com deficiência”. (Normas Uniformes das Nações Unidas sobre a Igualdade de Oportunidades das Pessoas com Deficiência).

⁴ RONAÍ, P. No livro “Primeiras Estórias” elabora ensaio com rica nota introdutiva, na qual descreve a densa simbologia das vinte e uma estórias, além do caráter polissêmico dos seus personagens. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2005.

adaptavam à sociedade⁵. Para se alcançar tal desiderato, seria necessário transferir o controle da vida dessas pessoas a terceiros. Como resposta, lateralmente a criação de uma legislação de assistência e seguridade social, o direito civil desenvolveu o método racional e objetivo da teoria das incapacidades, para extirpar a autonomia e segregar aqueles que representavam entraves à estabilidade das relações sociais⁶.

Há de se reconhecer ao direito civil legado pela modernidade o incontestável mérito de introduzir o valor liberal-democrático da igualdade formal, pela via da indiscriminada concessão da capacidade civil, mediante paridade legislativa de tratamento em prol de todos indivíduos. Esse salto qualitativo permitiu amplo acesso ao estatuto das titularidades e consequente difusão de uma ordem de mercado, responsável por dois séculos de uma inédita prosperidade material nas nações exitosas na conciliação entre a tutela da autonomia no trânsito de bens e a criação de mecanismos que permitam o florescimento de sólidas instituições capazes de arbitrar as tensões entre o Estado, sociedade e o mercado. Por uma longa fase histórica, o beneficiário da plenitude da subjetividade foi o homem burguês, maior, alfabetizado, proprietário. A subjetividade dos demais humanos era cancelada, com a consequente exclusão da esfera pública e redução da capacidade patrimonial. A função ideológica desta concepção é a de imantar a garantia da liberdade na tutela da propriedade, convertendo o direito em guardião da ordem econômica do mercado.

De fato, a iluminista civilização do direito civil não permitiu o acesso de alguns homens ao estatuto da capacidade civil. O direito privado optou por uma postura ardua e implacável perante aqueles que se conduzissem de forma diferenciada nas relações patrimoniais. No sistema privado herdado da matriz europeia das codificações, a pessoa se diluí no indivíduo – abstrato sujeito de direitos e deveres -, polo de relações jurídicas e centro de interesses que se relacionam. A ideia de personalidade se vincula à titularidade. Em cada relação jurídica a atuação do homem é delimitada por um personagem que atua frente a um objeto. Não há *gente* - de *carne e osso* -, somente o subjacente *agente*, centro de interesses econômicos: o proprietário, o contratante, o testador, o marido e o pai. Ao sistema neutro do direito clássico não interessava a singularidade do comportamento e nuances de cada ser

⁵ Para uma compreensão dos diferentes modelos de tratamento da pessoa com deficiência, PALACIOS, A. e BARIFFI, F.: *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*, Ediciones Cinca, Madrid, 2007.

⁶ CUNHA PEREIRA, R., evidencia que a “História sempre colocou os loucos de um lado, em contraposição a razão. Mas esta fronteira entre o normal e o anormal deve ser questionada, mesmo porque ela tem variado ao longo do tempo. A insensatez, a feitiçaria, a paixão desesperada...eram loucura. Loucura que não tinha remédio, apenas a misericórdia de Deus. O que se fez e se faz até hoje no campo jurídico é a demarcação dos limites da razão para que o Estado possa dizer quem pode e quem não pode praticar atos da vida civil”. *Comentários ao novo código civil*, XX, Forense, 2ª ed., Rio de Janeiro, 2013, v. XX., p. 388.

humano. Ao ideal de segurança jurídica só convinha dialogar com aqueles que desempenhassem adequadamente os papéis determinados pela legislação, basicamente aqueles relacionados a uma adequada performance produtiva.

Se por um lado, a construção do sujeito abstrato teve o mérito de liberar formalmente a pessoa da servidão inata da sociedade estamental, permitindo-a nascer e permanecer formalmente igual em coletividade perante a norma, por outro, revelou ordenamentos jurídicos especialmente intolerantes com a diversidade. Desperta o desprezo as idiosincrasias e fragilidades pessoais.

Destarte, quem se conduzisse à margem do enredo racionalmente traçado pelo legislador seria remetido ao espaço destinado aos marginalizados: o estatuto da interdição.

A aproximação da autonomia da vontade à feição do mercado inspirou o clássico regime das incapacidades, uma refinada construção metafísica materializada por *Savigny*, capaz de cancelar a realidade fragmentária e conflituosa da vida pela artificialidade de conceitos técnicos, legitimando sobre o viés jurídico as dicotomias do juízo entre o certo/errado e o bem/mal. Surgem as categorizações: a capacidade de direito como aptidão genérica para a titularidade de direitos e obrigações na órbita civil e a capacidade de fato (ou de agir), até hoje tida como a aptidão para o exercício pessoal dos atos da vida civil, sem assistência ou representação. Esta gradativa classificação se mostra capaz de em três níveis – do céu ao inferno, passando pelo purgatório da incapacidade relativa -, excluir do projeto da cidadania aqueles tidos como “loucos”⁷.

No Brasil, como a medicina do século XIX não era capaz de catalogar o rol de transtornos mentais, o art. 5., inciso II, do Código Civil de 1916, conglobou em uma só fórmula aqueles que seriam relegados ao limbo da curatela: “*os loucos de todo o gênero*”, expressão equívoca, pela imprecisão e estigma. Certa feita, o filósofo *Nietzsche* precisou: “*se minhas loucuras tivessem explicações, não seriam loucuras*”. De fato, é bem mais simples excretar os “diferentes” para os confins da cidadania do que construir um diálogo em uma esfera democrática.

A sociedade ocidental do século XIX até meados do século XX se relacionou com os desvios e os descontroles, comumente homogeneizados e enquadrados pela expressão *loucura*, reflexo do domínio exercido pelas

⁷ RODOTÀ, S. admite que: “a modernidade inicia com o eclipse do conceito de pessoa, ofuscado pelo novo astro nascente: o indivíduo. Assim, toda experiência humana é amputada, sacrificando-se o concreto da vida – que é a vida do homem na sociedade e da sociedade no homem – em nome de um esquematismo rígido que se pretende substituir à realidade, imolada por uma pretensa exigência de uma ‘análise científica’ “. Tradução nossa, In *Dal soggetto alla persona*, Editoriale scientifica, Napoli, 2007, p. 10.

concepções médicas em seu tratamento. Foucault atentou para o advento da psicologia, como condição de produção do louco do mundo moderno⁸⁹. A psicologia produz uma nova relação que passa a constituir o ser humano: o homem detém em seu interior a sua própria verdade. O louco também é detentor da sua verdade, mas essa verdade está oculta e, como ele não consegue alcançá-la, nem decifrá-la, clama desesperadamente para que ela seja, enfim, revelada. Tal e qual Raul Seixas, “*Eu não sou louco, é o mundo que não entende a minha lucidez?*”.

No período que medeia a contemporânea afirmação da dignidade humana e a invenção do “sujeito de direito” não se percebe um percurso linear, todavia uma descontinuidade, na qual ainda oscila a noção renascentista da dignidade naquela dos setecentos, do homem como titular de direitos. Esta ciclotimia é perceptível no Código Civil de 2002. Nosso estatuto da cidadania não alterou o panorama médico, subjetivo e essencialmente excludente da teoria das incapacidades. No máximo percebemos sutis mudanças no vocabulário normativo, mas nada que altere a substância do seu discurso reducionista. Afinal, “*old habits die hard*”¹⁰.

Sob a fórmula da “ausência” ou da “redução” do discernimento (arts. 3 e 4. do CC), seja por deficiência ou enfermidade mental, o Código Reale considera que distúrbios na integridade psíquica, em maior ou menor grau, remetem o sujeito à curatela, que pode ser entendida como um encargo deferido a alguém para reger a pessoa e administrar os bens de outrem, que não pode fazê-lo por si mesmo em razão de um *modo de ser*, ou seja, um déficit cognitivo (deficiência) ou um *modo de estar*, calcado em um processo patológico (enfermidade). A seu turno, a interdição se colocava como a via processual de jurisdição voluntária para a obtenção da declaração judicial de incapacidade da pessoa sujeita à curatela. No estado extremo da incapacidade absoluta o sujeito “interditado” é integralmente substituído pela pessoa do curador, sendo certo que qualquer ato praticado sem a sua presença será

⁸ FOUCAULT, M. Defendida em 20 de maio de 1961, a tese de doutorado do pensador francês, *História da loucura na Idade Clássica* (do francês “*Histoire de la folie à l’âge Classique*”) realiza um recorte temporal que compreende o período renascentista e a modernidade, analisando-se as distintas formas de percepção do louco até a classificação da loucura como doença mental.

⁹ Quando escravos negros tentavam fugir no sul dos Estados Unidos (escapavam por sua liberdade!), a medicina considerava que eles eram portadores de uma doença chamada drapetomania (de “dapretes” –escravo que foge– e mania) este era considerado um diagnóstico legítimo! De outro lado, mulheres que se opusessem a dominação masculina, eram rotuladas como portadoras de “histeria”, que decorria da movimentação do útero!! Não se pode dizer que a situação hoje é outra: há 50 anos atrás havia cerca de 6 doenças mentais catalogadas; hoje a cifra alcança 300 e outras novas são descobertas todos os dias, tal como a “febre da primavera”, uma sensação de ânimo ou cansaço que surge ao início da primavera!

¹⁰ JAGGER, M. Música de 2004, composta para o filme *Alfie*.

sancionado pela nulidade (art. 166, I, CC)¹¹.

É de sabença geral que uma das missões do direito civil contemporâneo é revisitar o ser humano subjacente ao indivíduo. Em Estados plurais e antropocêntricos, não obstante imersa na abstração e anonimato das massas, cada pessoa é titular de especial dignidade, cláusula geral assecuratória de direitos fundamentais na esfera privada e salvaguarda dos direitos da personalidade que irradiam sobre sua integridade psicofísica, nas dimensões do corpo, alma e intelecto. Na linguagem difundida pelo Direito Civil Constitucional, as situações jurídicas patrimoniais se submetem às existenciais, pois a pessoa é protagonista do Estado Democrático de Direito. Via de consequência, os conceitos de personalidade e capacidade se distanciam: aquela tida como um valor, hábil a impedir o fracionamento do ser humano em categorias. Esta, a seu turno, como a medida de um valor, pela qual a subjetividade de cada um de nós, a luz do grau de discernimento (sanidade + maturidade), determinará se a pessoa poderá se emancipar para a prática autônoma da vida civil ou se apoiará provisória ou definitivamente em outra pessoa: o representante ou o assistente legais. A personalidade é um dado pré-normativo, sendo reconhecida pelo direito. Já a capacidade é concedida pelo ordenamento, variável em graus, sujeita portanto aos humores do legislador e sobremaneira ao estágio cultural de cada sociedade.

Disto se extrai que a capacidade civil é um direito fundamental do ser humano, corolário de sua dignidade e liberdade, e que a curatela será fundada em circunstâncias excepcionais, motivada invariavelmente na proteção da pessoa que padece de transtornos mentais permanentes, jamais em punição pelo simples fato de se comportar de modo diferenciado. A final, a subjetividade é edificada e afirmada na diuturna superação de nossas vulnerabilidades.

Assim, há de se enaltecer o perfil funcionalizado da curatela. Não mais um instituto exclusivamente vocacionado à conservação do patrimônio do *incapaz*, porém um modelo jurídico instrumentalizado à proteção e promoção das situações existenciais da pessoa humana submetida à curatela. Abandonasse o paradigma enfermidade/interdição para que se ofereçam instrumentos de auxílio e proteção flexíveis e que não necessariamente comportem privações da capacidade de agir da pessoa com sofrimento psíquico. Com os olhos voltados para a CDPD, é tempo de materializar o que se deseja para a personalização da curatela, seja pelo expurgo do arcabouço jurídico incompatível com esse propósito, bem como, pela submissão das normas infraconstitucionais ao primado da dignidade da pessoa humana e de direitos fundamentais incorporados ao bloco de constitucionalidade.

¹¹ Exame aprofundado das questões patrimoniais relacionadas ao advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência se encontra em artigo de minha autoria, ROSENVALD, N.: “Curatela”, inserido no *Tratado de Direito das Famílias*, IBDFAM, Belo Horizonte, 2015.

III. A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O MODELO SOCIAL DE DIREITOS HUMANOS.

1. Eficácias da dignidade da pessoa humana.

O eixo personalista da Constituição Federal de 1988 é a cláusula geral da Dignidade da pessoa humana (art. 1., III, CF). Ao superar a esfera meramente defensiva da proteção ao indivíduo, pela concessão de uma tutela promocional ao desenvolvimento da pessoa humana, a Lei Maior potencializa o princípio da autonomia e, conseqüentemente o direito fundamental à capacidade civil. Desde então, impõe-se um aumento da “carga argumentativa” para restringi-la pela via da interdição. A imprescindibilidade desse *onus persuasivo* como motivação para a incapacitação civil se torna ainda mais veemente com a adoção pelo Brasil da Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência. Com o ingresso da CDPD em nosso direito interno, o vocábulo “interdição” é suprimido da ordem infraconstitucional, pois relaciona a curatela a um desproporcional processo de supressão de direitos fundamentais da pessoa, quando na verdade, a curatela será funcionalizada à promoção da autonomia e da valorização das aspirações do sujeito privado total ou parcialmente de sua autodeterminação. De fato, o termo “interdição” remete a uma sanção civil de natureza punitiva contra uma pessoa que não praticou qualquer ato ilícito, apenas para atender a interesses de familiares ou terceiros.¹² Como já se afirmou, com a interdição não se forma qualquer programa de desenvolvimento da personalidade ou se consente a alguma forma concreta de participação na vida social pela pessoa, simplesmente, apaga-se a luz sobre a sua individualidade¹³.

O primeiro tratado internacional de direitos humanos aprovado pelo Congresso Nacional conforme o procedimento qualificado do § 3º do art. 5º da Constituição foi a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 13/12/2006 - promulgada no Brasil pelo Decreto N° 6.949/09 e em vigor no plano interno desde 25/8/2009 -, cujo propósito (art. 1) é *promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente*¹⁴.

¹² Por mais que o novo CPC tenha entrado em vigor após o Estatuto da Pessoa com Deficiência e, utilizado os termos “interdição”, “interditando”, “interditado” em diversas passagens (arts. 747 a 757), a Lei n. 13.105/15 deve deferência a CDPD, face à sua superioridade normativa, com *status* de emenda constitucional.

¹³ FAROLFI, A.: *Amministrazione di sostegno*, Giuffrè Editore, Roma, 2014, p. 20.

¹⁴ A CDPD é transformadora para o Brasil. Todavia, antes de sua edição, outros países já haviam se adiantado em novas abordagens no trato das pessoas com deficiência. Destaque-se a experiência da Alemanha, com a *Betreuungsgesetz*, de 12.9.1990. A inovadora disciplina se

Esse fundamental diploma –que doravante trataremos como CDPD–, conceitua as pessoas com deficiência como “aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial”. Destaca-se o princípio do “respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas” (artigo 3, “a”)¹⁵, que fica expresso no reconhecimento de que gozam de “capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida” (artigo 12, item 2). Enfim, temos como ponto de referência da CDPD a complexa busca de um equilíbrio entre a exigência de tutela dos espaços residuais de autonomia decisória do sujeito –na tentativa de preservar a sua liberdade pessoal–, e de outro, a proteção da própria pessoa com deficiência e da segurança do tráfego jurídico.

Aqui, a Dignidade da Pessoa Humana assume dupla dimensão. Primeiramente, uma *eficácia negativa*, fundada no dever de proteção, pela qual a pessoa com deficiência será merecedora de respeito por parte do Estado, sociedade e família. Todavia, trata-se de um renovado direito de proteção, apartado da concepção oitocentista de proteção como punição, centrada no modelo puramente organicista e científico do isolamento e custódia decorrentes da doença incurável, com vistas à remoção do ser humano problemático e afirmação da paz social e segurança jurídica.¹⁶ Isto é, sai de cena a arcaica concepção da proteção da sociedade em face do incapaz, substituída por uma moderna proteção do sujeito vulnerável dentro da sociedade. Com efeito, o repaginado direito de proteção recusa a heteronomia e se funda no imperativo categórico, pelo qual o impedimento duradouro jamais poderá acarretar a instrumentalização da pessoa para fins alheios, suprimindo-lhe a indispensável consideração e estima, sejam quais forem as suas vicissitudes, pois a dignidade é uma condição inata da pessoa humana, independentemente de seu aporte comunitário. Em uma sociedade de mercado, o ser humano não pode ser valorado pela sua utilidade social, primeiro passo para que a pessoa seja reificada quando visualizada a deficiência ou a simples percepção de um déficit de funcionalidade. Daí o

ancora em dois pontos: a) subsidiariedade, ou seja, a tutela especial das pessoas privadas de autonomia somente intervirão na medida em que se constate uma efetiva necessidade, com a mínima invasão possível; b) flexibilidade, ou seja, o recurso dos instrumentos protetivos deve se realizar de forma flexível, sendo calibrado de acordo com a concretude do caso, resguardo as aspirações e exigências dos beneficiários.

¹⁵ Redação semelhante é vista na letra “n” do preâmbulo da CDPD: “Os Estados Partes da presente Convenção...n) Reconhecendo a importância, para as pessoas com deficiência, de sua autonomia e independência individuais, inclusive da liberdade para fazer as próprias escolhas”.

¹⁶ Por muito tempo a disciplina nacional de tratamento se inspirou na Lei Francesa de 1838 (*loi esquirol*) e sua concepção arcaica inspirada na obrigação de tratamento baseada na custódia indeterminada e segregação da pessoa, com a finalidade de proteção – não da pessoa – porém de seus familiares, patrimônio e da sociedade, composta pelas pessoas sãs.

mérito do art. 170 da CF: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna...”.

Em complemento, a CDPD enfatiza a *eficácia positiva* da Dignidade da Pessoa Humana. De acordo com o art. 3, “a”, encabeçando os princípios da Convenção, encontra-se “O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas”. Ao entrelaçar Dignidade, autonomia e independência o inciso incide em pleonasma, pois os dois últimos vocábulos exteriorizam o perfil ativo da dignidade, evidenciando o fato de que a deficiência não será um óbice para que as pessoas elejam e promovam as suas escolhas de vida, tornando-se protagonistas de suas biografias. Em paralelo, a Convenção determina que sejam adotados mecanismos locais de afirmação da autonomia para impedir que as eventuais limitações cognitivas possam acarretar empecilhos na tomada de decisões e no exercício do autogoverno. Esse novo paradigma é dotado de uma força expansiva sob outros setores do ordenamento, impondo uma reconfiguração dos limites da capacidade de agir, da invalidade dos atos negociais e da tutela patrimonial e existencial da pessoa humana.

O modelo social de direitos humanos considera que o tratamento jurídico devido as pessoas com deficiência (sejam elas capazes ou incapazes) não deve partir de um fundamento exclusivamente científico, porém preponderantemente social. A deficiência é um fenômeno complexo que não se limita a um atributo médico e individual da pessoa. Há um contexto social que requer adaptação para que todos os seres humanos participem ativamente da vida comunitária e se mantenha como centro das decisões que lhe afetem. Isso significa que diante da submissão da teoria das incapacidades à regra da proporcionalidade, o ordenamento necessita não apenas de um câmbio na tutela de direitos de natureza material (v.g. curatela e tomada de decisão apoiada), mas de técnicas processuais (v.g. curatela conjunta, termo de curatela e revisões periódicas) e ferramentas legislativas que sejam capazes de eliminar as barreiras que impeçam o acesso das pessoas com deficiência, visando à inclusão, através da equiparação de oportunidades¹⁷.

Nesse concerto entre a Dignidade como proteção ou promoção, a ênfase será posta na última em sua dupla acessão: seja no sentido de promoção

¹⁷ PALACIOS, A. e BARIFFI, F. “Se considera que as causas que originam a incapacitação são sociais, as soluções não devem apontar individualmente para a pessoa, pelo contrário, devem ser dirigidas à sociedade. Deste modo, o modelo anterior se centra na reabilitação ou normalização das pessoas incapacitadas, enquanto que o modelo sob análise advoga a reabilitação ou normalização de uma sociedade pensada e desenhada para fazer frente à necessidade de todas as pessoas”. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*, cit., p. 22.

como direito fundamental de acesso a igualdade de oportunidades através da substantivação de condições sociais necessárias (direito à saúde, educação, moradia¹⁸, emprego) por meio de técnicas promocionais; seja como promoção de desenvolvimento autônomo de projetos de vida da pessoa com deficiência. Historicamente a *proteção* da pessoa com sofrimento psíquico era uma “faca de dois gumes”. Se por um lado, prestava-se a lhe servir de escudo no tocante aos desafios diários da vida, por outro, isolava o ser humano e sacramentava a sua condição de menos valia, perenizando a incapacidade.

De fato, a incapacidade absoluta e a conseqüente substituição da autonomia pessoal é incompatível com o trânsito social. Daí a prevalência do direito fundamental à promoção da autonomia da pessoa com deficiência, pois mesmo sob curatela (e redução da esfera de autogoverno pela assistência), a sua permanência no espaço comunitário será decisiva para que afirme os seus resíduos de capacidade, sob a condução de um projeto terapêutico individualizado.¹⁹ A incapacidade será uma resposta residual, excepcional e restritiva que só procederá quando a alternativa menos gravosa da restrição da capacidade resulte inadequada frente a absoluta impossibilidade da pessoa interagir com o seu entorno e expressar vontade, ao tempo que o sistema de apoios previsto como inicial auxílio em favor do exercício da capacidade pareça insuficiente²⁰.

Não apenas a CDPD impede uma limitação total da capacidade jurídica pela existência de uma deficiência intelectual ou psicossocial, como assim tem considerado o Tribunal Europeu de Direitos Humanos. No caso *Shtukaturov x Rússia*²¹, entendeu-se que a incapacitação de uma pessoa

¹⁸ Eloquentes exemplo de afirmação de autonomia é o reconhecimento de que o lugar natural da pessoa com deficiência não é uma instituição estatal ou privada, mas a sua própria moradia: Art. 19 CDPD: “a) As pessoas com deficiência possam escolher seu local de residência e onde e com quem morar, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, e que não sejam obrigadas a viver em determinado tipo de moradia”.

¹⁹ Essa mesma tensão entre proteção e autonomia surge no direito penal, onde o “louco infrator” é tido como inimputável e conseqüentemente institucionalizado por uma medida de segurança, que em nada lhe protege. A substituição pela vertente promocional, e o conseqüente reforço da autonomia, impactaria em liquidar a dirimente penal, traduzindo a conseqüência criminal do ilícito a uma atenuante em razão das circunstâncias objetivas da impossibilidade de autodeterminação do agente.

²⁰ A Tomada de Decisão Apoiada não é um modelo jurídico inventado pela Lei n. 13.146/15. Ela decorre de um compromisso estatal com a aplicação da CDPD, aqui, especificamente, no art. 12. 3.º “Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal”.

²¹ Em março de 2008, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tomou uma decisão no caso de *Shtukaturov v. Rússia*. O Tribunal considerou que a incapacidade legal do requerente violou seus direitos a um julgamento justo (artigo 6.º) e o respeito da sua vida privada (artigo 8.º). O Tribunal de Justiça também considerou que a subsequente colocação involuntária do requerente em um hospital psiquiátrico, sem revisão judicial violou seu

constitui uma ingerência na vida privada que deve se qualificar como muito grave, pois supõe a dependência de um representante em todos os âmbitos de sua vida, aplicando-se por um período indefinido, sem que possa ser impugnada. Afirmou-se, ainda, que a existência de um transtorno mental, mesmo grave, não pode ser a única razão para justificar uma incapacitação total, devendo contemplar-se uma resposta razoável, que restrinja o direito a esfera íntima ao estritamente necessário.

2. A capacidade plena da pessoa com deficiência.

A CDPD se edifica a margem da figura da incapacidade, porém culmina por abarcá-la. De fato, a deficiência não induz necessariamente a incapacidade, mas, sob o ângulo jurídico, todo incapaz será considerado uma pessoa com deficiência qualificada pela curatela. Com efeito, o amplo conceito de deficiência se centra na existência de uma menos valia na capacidade física, psíquica ou sensorial -independente de sua gradação-, sendo bastante uma especial dificuldade para satisfazer as necessidades normais. O deficiente desfruta plenamente dos direitos civis, patrimoniais e existenciais. Já o incapaz é um sujeito cuja deficiência se qualifica por uma impossibilidade de exercício do autogoverno. Assim, a sua proteção será ainda mais densa do que aquela deferida a um deficiente capaz, demandando o devido processo legal, e a sujeição as determinações contidas na resolução judicial de incapacidade. Em suma, a constituição do estado de incapacidade de uma pessoa e a necessidade de sua submissão à curatela deve ser considerado requisito suficiente para se estimar que o incapaz é um deficiente que pode se beneficiar da ampla proteção articulada em favor desse, por força da já internalizada Convenção de Direitos Humanos²².

A CDPD constitucionaliza uma personalizada noção de “pessoa com deficiência” em substituição ao texto constitucional que utilizava a expressão “portador de deficiência”. Incorporada ao direito brasileiro com a estatura

direito à liberdade (n.º 1 e 4 do artigo 5º). O direito do recorrente a apresentar uma petição ao Tribunal Europeu (Artigo 34) também foi violada.

²² O Estatuto da Pessoa com Deficiência admite em caráter excepcional o modelo jurídico da curatela, porém, sem associá-la à incapacidade absoluta. Portanto, A Lei n. 13.146/15 nos remete a dois modelos jurídicos de deficiência: deficiência sem curatela e deficiência qualificada pela curatela. A deficiência como gênero engloba todas as pessoas que possuam uma menos valia na capacidade física, psíquica ou sensorial -independente de sua gradação-, sendo bastante uma especial dificuldade para satisfazer as necessidades normais. O deficiente desfruta plenamente dos direitos civis, patrimoniais e existenciais. Porém, se a deficiência se qualifica pelo fato da pessoa não conseguir se autodeterminar, o ordenamento lhe conferirá proteção ainda mais densa do que aquela deferida a um deficiente capaz, demandando o devido processo legal de curatela.

equivalente às Emendas Constitucionais²³, naturalmente se sobrepõe à normatividade infraconstitucional –invalidando normas subalternas-, cabendo portanto aos poderes constituídos a adoção de medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias à realização dos direitos nela reconhecidos, o que implica, por extensão, na implementação de medidas que modifiquem ou revoguem leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes, que constituem discriminação contra pessoas com deficiência, capazes ou incapazes. Não se trata apenas de afirmar a igualdade formal de direitos humanos e liberdades fundamentais (artigo 5.1)²⁴, mais do que isto, a Convenção articula medidas de ações positiva ou discriminação inversa, ao estabelecer que “as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência não serão consideradas discriminatórias” (artigo 5.4).

A concepção da capacidade jurídica como princípio, a natureza excepcional de suas limitações e a defesa de seu exercício pessoal, resultam de uma dimensão que ela adquiriu nos últimos tempos, nos vários planos jurídicos, em especial no direito internacional. Com efeito, o conceito atual de capacidade transcende os contornos de sua qualificação como “atributo da personalidade”, próprio da doutrina civilista tradicional, configurando-se como verdadeiro direito humano. O direito ao igual reconhecimento como pessoa diante da lei evidencia que a capacidade jurídica é um atributo universal inerente a todas as pessoas em razão de sua condição humana e deve ser preservada para as pessoas com deficiência em igualdade de condições com as demais. Ela é indispensável para o exercício de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais e adquire uma importância especial para as pessoas com deficiência quando devem tomar decisões fundamentais com respeito a sua saúde, educação e trabalho. Frequentemente, a negação da capacidade jurídica as pessoas com deficiência priva-lhes de vários direitos fundamentais, como o direito ao voto, ao matrimônio e ao estabelecimento de família, aos direitos reprodutivos, a autoridade parental, ao consentimento ao tratamento médico e o direito a

²³ Esta “equivalência” significa que estes tratados e convenções internacionais: a) passarão a reformar a Constituição, sendo, desta forma, também formalmente constitucionais; b) não poderão ser denunciados, nem mesmo com projeto de denúncia elaborado pelo Congresso Nacional; c) servirão de paradigma de “controle concentrado”, por quaisquer dos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal, a fim de invalidar erga omnes as normas infraconstitucionais com eles incompatíveis (O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 45-46). Ademais, a convenção possui aplicação imediata (artigo 5º, parágrafo 1º da CF), produzindo efeitos instantâneos no plano interno. O “status constitucional” do tratado lhe insere no chamado “bloco de constitucionalidade”, na qualidade de norma “materialmente constitucional”. MAZZUOLI, V.: “O controle jurisdicional da convencionalidade das leis”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2009, pp. 45-46.

²⁴ “Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei”.

liberdade. O artigo 12.2. da CDPD reconhece a igualdade na capacidade jurídica das pessoas: “Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida”.

A CDPD é o primeiro tratado de consenso universal que concretamente especifica os direitos das pessoas com deficiência pelo viés dos direitos humanos, adotando um modelo social de deficiência que importa em um giro transcendente na sua condição. Por esse modelo, a deficiência não pode se justificar pelas limitações pessoais decorrentes de uma patologia. Não é mais possível efetuar qualificações jurídicas nem sanitárias fundadas exclusivamente em diagnósticos ou antecedentes de saúde mental. Redireciona-se o problema para o cenário social, que gera entraves, exclui e discrimina, sendo necessária uma estratégia social que promova o pleno desenvolvimento da pessoa com deficiência²⁵. O objetivo da CDPD é o de permutar o paternalismo do atual modelo médico –que deseja reabilitar o “paciente” para se adequar à sociedade–, por um modelo social de direito humanos cujo desiderato é o de reabilitar a sociedade para eliminar os muros de exclusão comunitária. Não se trata de abandonar a perspectiva clínica, mas a de a ela acrescentar as dimensões biológica e social, para que se compreenda a saúde de uma pessoa em uma visão holística (“biopsicossocial”). A igualdade no exercício da capacidade jurídica requer o direito à uma educação inclusiva, a vida independente e a possibilidade de ser inserido em comunidade²⁶. Se, por um lado, a perspectiva antidiscriminatória requer uma abordagem social da deficiência, residualmente, o direito à prestações sociais (acesso a tratamentos, pensões e benefícios previdenciários) ainda demanda uma análise predominantemente técnica/médica, a fim de que se avalie a gradação da menos valia para fins da pessoa gozar de determinado benefício.

Por tais razões, reconhece o art.1. da CDPD: “a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”. Há de se observar que não estamos

²⁵ Esse modelo social pode ser encontrado em outras legislações. A Lei n. 2007-308, alterou o Código Civil da França. O art. 415, em sua nova redação, dispõe que “Os adultos recebem a proteção da sua pessoa e sua propriedade quando sua condição ou situação torna necessária, conforme previsto no presente título. Essa proteção é estabelecida e assegurada em relação às liberdades individuais, os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa. Sua finalidade é o interesse da pessoa protegida. Ela promove, na medida do possível, a autonomia destes últimos. É um dever da família e da autoridade pública”.

²⁶ Nesse sentido, converge o Artigo 19 da CDPD: Vida independente e inclusão na comunidade: “Os Estados Partes desta Convenção reconhecem o igual direito de todas as pessoas com deficiência de viver na comunidade, com a mesma liberdade de escolha que as demais pessoas, e tomarão medidas efetivas e apropriadas para facilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo desse direito e sua plena inclusão e participação na comunidade”.

diante de um rol *numerus clausus*, mas apenas de um piso mínimo de um conceito aberto de deficiência, na medida em que a lei brasileira - ou a de qualquer outra nação -, poderá adotar uma definição mais ampla e beneficiar outras pessoas, pois não apenas indivíduos com deficiência sofrem restrição quanto à plena participação em sociedade, os estereótipos são mais generalizados alcançando seres humanos pela simples “aparência” da deficiência (v.g. sujeito com HIV positivo; alguém que no passado teve sofrimento psíquico; indivíduo com exame genético que acusa risco de patologia; parentes e pessoas que vivem ou trabalham com pessoas com deficiência). Teoricamente não ingressariam no âmbito protetivo e promocional da CDPD, mas podem sofrer estigmatização e desconsideração social nas relações interpessoais e no campo do trabalho.

O fato é que o direito civil sempre valorou a pessoa pela lógica do *essentialismo*. Uma espécie de “tudo ou nada”, no qual se perquiria se a pessoa era ou não “doente mental” e, conseqüentemente, capaz para a prática de atos da vida civil. Todavia, a realidade da vida não se presta a rígidos esquemas conceituais. Ilustrativamente, um psicótico, com transtornos mentais mais graves terá alucinações auditivas e delírios, porém pode ser capaz de praticar os atos da vida civil. Em contraposição, pessoas que não deliram e nem “ouvem vozes” podem objetivamente ter dificuldades para se autodeterminar e suportar isoladamente os desafios do dia a dia. Vale dizer, inexistente a tipologia do paciente com transtorno mental, pois todos somos capazes e incapazes em certos domínios. Deficiência não é algo que apenas diz respeito a uma minoria da humanidade, trata-se de uma experiência humana universal. Todos podemos experimentar um decréscimo na saúde e conseqüentemente, algum grau de deficiência.

A aferição da efetiva existência de um transtorno mental é um dado que pertence aos saberes da psiquiatria, sem necessária repercussão no campo da capacidade civil. Aliás, muito antes do direito, a medicina já havia percebido que a tal “normalidade” é um conceito enganoso. Em português comum, ser “normal” significa ser saudável, perfeito. Matematicamente, contudo, “normal” é apenas aquele que cai no centro de distribuição estatística de um parâmetro. E dada a complexidade do cérebro, dificilmente alguém matematicamente normal é também perfeitamente saudável. De acordo com as estatísticas dos Institutos Nacionais de Saúde dos EUA, ao menos 30% dos adultos sofrem, sofreram ou sofrerão de um transtorno de ansiedade em algum momento da vida, mais de 20%, de depressão, mania ou bipolaridade, quase 20% de enxaquecas. Dos idosos com mais de 65 anos, 13% tem doença de Alzheimer, e dentre aqueles com mais de 85 anos, 45%. Cerca de 9% dos adolescentes sofrem de algum grau de distúrbio de déficit de atenção, cerca de 9% das crianças e adultos tem algum distúrbio de personalidade (*borderline*, evitante ou antissocial). Cerca de 4% das pessoas sofrem ao menos um ataque epiléptico ao longo da vida, e 3% sofre ao menos um AVC. Dos

jovens adultos, 2% tem transtorno obsessivo-compulsivo, cerca de 1% da população tem algum grau de autismo (ou síndrome de *asperger*), outro 1% sofre de esquizofrenia. E um numero enorme ainda escolhe destruir o próprio cérebro com drogas variadas. Enfim, em algum momento de nossas vidas teremos grandes chances de “encaixar” nosso perfil a algum desses transtornos.

Assim como a pessoa “média” não existe —aquela com exatamente a altura média, o peso médio, a distancia entre os olhos, a frequência cardíaca média da população—, a chance de alguém ser normal a vida toda, sem qualquer transtorno neurológico, é ínfima. De perto, ninguém normal. Nem deveria ser: porque normal, afinal, é não ser normal.

Em síntese, a CDPD perfilha-se ao método introduzido pela Organização Mundial de Saúde e atualmente utilizado para a definição da deficiência, o ICF (*International Classification of functioning, disability and health*)²⁷. A inovação do instrumento consiste em um desvio do foco, da causa para o impacto nas condições de saúde, compreendendo a deficiência como fenômeno multidimensional, que toma em consideração os seus aspectos sociais e o peso do ambiente no funcionamento da pessoa, não mais como uma disfunção médica ou biológica, capaz de reduzir a pessoa em toda a sua complexidade (valores, crenças e direitos fundamentais) a uma simples doença²⁸.

3. As salvaguardas legais.

Outro destaque da CDPD concerne à prefixação de salvaguardas à capacidade legal da pessoa com deficiência. Com propriedade, aduz o decreto que “as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida” (art. 12, n. 2). Para substancializar a proteção e promoção da autonomia da pessoa deficiente, a teor do disposto no art. 12, n. 4, estipula-se que: “Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade

²⁷ O texto da Resolução n. 54/21 de 2001 da OMS é encontrado no www.who.int/icidh.

²⁸ Na Itália, esse assunto se desenvolveu graças as lições do Dr. FRANCO BASAGLIA: “Não é que nós prescindimos da doença, mas acreditamos que para haver relação com um indivíduo seja necessário configurá-lo independente daquela que pode ser a etiqueta que o define... o que importa é ter consciência de quem é este indivíduo, em qual realidade social ele vive, qual é a sua relação com essa realidade”. RECALCATI, M.: *Introduzione alla psicoanalisi contemporanea. I problem del dopo freud*, Mondadori, Milano, 2003, p. 181.

legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa”²⁹.

Três aspectos acima referidos merecem destaque: a) a necessidade da curatela respeitar os direitos, as vontades e preferências da pessoa humana, sendo proporcional e apropriada às suas circunstâncias; b) a restrição à capacidade deve se dar pelo período mais curto possível; c) a necessidade de submissão da curatela a uma revisão regular, independente e imparcial. A referida trilogia remete aos princípios da necessidade, subsidiariedade e proporcionalidade e denota um duplo denominador comum: de um lado, a vontade de caracterizar a elasticidade e flexibilidade das medidas de proteção, bem como, a de adequá-las as características concretas de cada beneficiário e de outro, a valorização da margem de autonomia decisória realizável pela pessoa, através da eliminação do automatismo da relação entre medidas de proteção e reconhecimento da incapacidade.

Surge uma concepção na qual aqueles antes visto como interdito e sujeito irrecuperável, converte-se em um curatelado com um status transitório, influenciado por fatores externos presentes no contexto social, um sujeito cuja condição pode ser suportada e curada³⁰. A curatela deve ser compreendida na lógica de um processo³¹, ou seja, um conjunto de atos coordenados cuja finalidade é a restituição à pessoa do direito fundamental da capacidade civil. A curatela sem prazo subverte essa dinâmica, institucionalizando a incapacidade, sem que o sujeitos do processo terapêutico percebam claramente a premência da função de *libertação* da

²⁹ A Lei n. 13.146/15 caminha no sentido personalista da CDPD. Em seu artigo 2. conceitua a pessoa com deficiência como aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial. De acordo com o art. 84, “A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”. O § 1o do mesmo art. 84 preconiza que: “Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei”. Em arremate, o § 3o aduz que, “A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível”.

³⁰ VIMERCATI, B.: *Consenso informato e incapacità*, Giuffrè Editore, Roma, 2014, p. 134.

³¹ Aderimos aqui a noção de *processo* da forma concebida por Clóvis do Couto e Silva, utilizada para materializar o direito das obrigações, dinamizando o adimplemento: antes, mero ato formal de realização de uma prestação; agora, finalidade para o qual a obrigação se polariza desde a etapa embrionária das tratativas até fase pós-negocial. O percurso é iluminado pela diretriz da concretude, que concretiza deveres de conduta, hábeis a guiar as partes ao cumprimento das prestações em um ambiente de lealdade e respeito, evitando-se a frustração das legítimas expectativas dos iguais titulares de direitos fundamentais.

pessoa humana submetida ao *status* de incapaz³².

Realmente, uma curatela despida de um “ponto de chegada”, revela duas ordens de questionamentos. Primeiramente, a ausência de expectativas com relação a uma reavaliação do interdito robustece a incapacidade, pois suprime o ímpeto da pessoa de se submeter a tratamentos que possam restabelecer o equilíbrio psíquico. No mais, o levantamento da curatela depende de pedido do curador ou do indivíduo sentenciado. Caso a iniciativa não parta do representante (por negligência ou por não considerar que cessou a causa que motivou a sentença), dificilmente o requerimento partirá do próprio curatelado: seja pela natural barreira do acesso ao judiciário sem o acompanhamento do representante, ou mesmo pelo déficit de credibilidade de um requerimento de lavra de uma pessoa previamente deslegitimada pelo sistema jurídico³³.

IV. CONCLUSÃO.

As pessoas com deficiência se inserem no grupo dos “*novos sujeitos de direito*”, não apenas pela proeminência dos direitos fundamentais individuais e sociais que garantem o direito à diferença, mas sobremaneira após a incorporação ao direito interno da CDPD e a promulgação da Lei 13.146/15. Transpusemos o entendimento pandectista de que o direito deve ser disciplinado tão somente mediante categorias jurídicas, pois atualmente não se prescinde do que é eticamente exigível.

³² Nos moldes do Código Civil de 2002 a “interdição” seguramente ostentava o posto de mais grave sanção punitiva do direito brasileiro: ao contrário da prisão, não havia proporcionalidade entre o delito e o apenamento; inexistia previsão de duração da pena, assim como progressão de regime, revisão de condições ou qualquer benefício no transcurso de seu cumprimento. Em regra ela era vitalícia e desprovida de controle sobre a situação pessoal do interdito e fiscalização do comportamento do curador.

³³ Uma excepcional situação de levantamento da curatela pelo próprio destinatário da curatela é narrada no clássico, *Memórias de um doente de nervos*, cujo autor, DANIEL SCHREBER, magistrado e membro de corte superior de tribunal alemão, elabora relato autobiográfico, com destaque para o período de sua internação e o seu posterior reingresso na sociedade. Essa narrativa se tornou um dos recursos mais utilizados para o estudo da psicose, visto que os delírios do autor são descritos de forma muito detalhada. No início da obra o autor assume que “Considerando que tomei a decisão de, em um futuro próximo, solicitar minha saída do sanatório para voltar a viver entre pessoas civilizadas e na comunhão do lar com minha esposa, torna-se necessário fornecer às pessoas que vão constituir meu círculo de relações ao menos uma noção aproximada de minhas concepções religiosas, para que elas possam, se não compreender plenamente as aparentes estranhezas de minha conduta, ter ao menos uma ideia da necessidade que me impõe tais estranhezas”. SCHREBER, D.: *Memórias de um doente dos nervos*, Paz e Terra, 3ª ed.: tradução e introdução de Marilene Carone, São Paulo, 2006.

A regulação da capacidade jurídica em nosso sistema -e em muitos outros- não se orienta a tutelar apenas a pessoa deficiente incapacitada, mas também a proteger a integridade, o valor e a utilidade de certas práticas consideradas socialmente relevantes, determinando aqueles que podem ou não delas participar. Tradicionalmente, esse método de inclusão ou exclusão se adequou as necessidades do direito privado, que não hesitou em se servir do cômodo mecanismo da substituição dos incapazes na condução de seu patrimônio e da própria vida. O paradoxal é que há mais de 25 anos os civilistas se debruçam sobre o fenômeno da personalização das situações jurídicas patrimoniais. Bem o fizeram nos setores da propriedade, contratos e família. Inexplicavelmente, olvidaram-se em personalizar o ser humano, preso a um conceito de capacidade jurídica puramente abstrato, de exclusão do sujeito sem discernimento pela via da interdição.

O que a CDPD e a Lei n. 13.145/15 pretendem é tornar a capacidade jurídica permeável aos princípios, por um modelo social de fundamento ético, com apelo aos direitos fundamentais. O direito constitucional penetra e vive no tecido civilístico e a sua argumentação será utilizada pelo jurista na resolução das controvérsias concretas. A teoria das incapacidades e a curatela surgiram há muito tempo para cobrir situações que atualmente não mais se adequam ao discurso dos direitos humanos. Manter incólume essa regulação básica, com suaves adequações, significa ignorar as obrigações internacionais impostas pela CDPD e a própria Carta Constitucional. O Estatuto da pessoa com Deficiência corretamente apostou em uma reforma mais profunda, alterando o conteúdo e o sentido das medidas que permeiam o modelo da capacidade jurídica. Essa é a chave para a conquista da autonomia.

Vivemos em uma sociedade democrática em que há um abismo axiológico entre as pessoas. A diversidade deve ser uma fonte de riqueza de direitos e não de censura e preconceito. Este *direito à diferença* dentro de um quadro de pluralidade é a base da manutenção da racionalidade de cada um e a salvaguarda de sua emancipação. A garantia de sobrevivência consiste na tolerância e alteridade, considerando-se cada pessoa em sua concretude.

O ordenamento assegura o respeito à dignidade, mas não a aprisiona em conceito. A final, não se trata da abstração ou banalização da dignidade, mas da dignidade do sujeito de necessidades, da pessoa de “carne e osso”. Se injustificadamente cercearmos a autonomia alheia, ofendemos a sua dignidade. Direitos Fundamentais da pessoa com deficiência só podem ser sacrificados em nome da defesa de sua própria dignidade. Valorizamos o cuidado, como expressão de humanidade. Porém o cuidado com o diferente não significa infantilizar, categorizar ou estigmatizar o outro, mas reconhecer-se solidário e igual.

Encerro tal como iniciei, com as palavras mais que apropriadas de Guimarães

Rosa: “*Só se pode viver perto do outro, e conhecer outra pessoa, sem perigo de ódio, se a gente tem amor. Qualquer amor já é um pouquinho de saúde, um descanso na loucura*”.

BIBLIOGRAFÍA

FAROLFI, A.: *Amministrazione di sostegno*. Roma: Giuffrè Editore, 2014.

MAZZUOLI, V.: “O controle jurisdicional da convencionalidade das leis”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2009.

PALACIOS, A., BARIFFI, F.: *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*, Ediciones Cinca, Madrid, 2007.

PEREIRA, R. da C., in TEIXEIRA, S. de F. (coord.): *Comentários ao novo Código Civil – Da união estável, da tutela, da curatela – Arts. 1.723 a 1.783*, v. XX, Forense, 2ª. ed., Rio de Janeiro, 2013.

RECALCATI, M.: *Introduzione alla psicoanalisi contemporanea. I problem del dopo freud*, Mondadori, Milano, 2003.

RODOTÀ, S.: *Dal soggetto alla persona*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007.

ROSENVALD, N.: “Curatela”, in *Tratado de Direito das Famílias*, IBDFAM, Belo Horizonte, 2015.

SCHREBER, P.: *Memórias de um doente dos nervos*, Paz e Terra, 3ª. ed.: tradução e introdução de Marilene Carone, São Paulo, 2006.

VIMERCATI, B.: *Consenso informato e incapacita*, Giuffrè Editore, Roma, 2014.

*FAVOR VERITATIS ED ATTRIBUZIONE DELLO STATUS
FILLATIONIS*

FAVOR VERITATIS AND ALLOCATION OF STATUS FILLATIONIS

DRA. GIOVANNA CHIAPPETTA
Professoressa Ordinaria di Diritto Privato
Università di Calabria
giovanna.chiappetta@unical.it

RESUMEN: Il lavoro analizza le principali problematiche relative al diritto a conoscere le proprie origini in relazione allo sviluppo in Italia delle tecniche di riproduzione assistita, tenendo in considerazione i più recenti orientamenti giurisprudenziali della Corte EDU. Lo scritto evidenzia come il sistema italiano sia caratterizzato da una eccessiva rigidità che può in alcuni casi pregiudicare immotivatamente il minore e, contestualmente, determinare criticabili interpretazioni del principio del best interest.

PALABRAS CLAVE: maternità surrogata; riproduzione assistita; affidamento del minore; Carta europea dei Diritti dell'uomo; best interest del minore; diritto a conoscere le proprie origini.

ABSTRACT: The paper analyzes the main problems concerning the right to know biological origins in development of techniques of human in vitro fertilization (IVF) in Italy, taking into consideration the ECHR case-law. The work highlights how the Italian legal system is characterized by a strong prohibition that may, in some cases, result into unnecessary damages to the children and stimulate questionable interpretations of the best interest principle.

KEY WORDS: surrogacy, in vitro fertilization (IVF), custody, ECHR, best interest of the child, right to know biological origins.

FECHA DE ENTREGA: 25/04/2016/FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/05/2016.

SUMARIO: I. PREMESA.- II. PROMOZIONE DEI DIRITTI DEL MINORE: STATUTO COSTITUZIONALE E LEGISLAZIONE ORDINARIA DOPO LA RIFORMA DEL DIRITTO DI FAMIGLIA DEL 1975. PRINCIPIO DI RESPONSABILITÀ PER IL FATTO DELLA PROCREAZIONE.- III. LA REVISIONE DEL DIRITTO DELLA FILIAZIONE AD OPERA DELLA L. N. 219 DEL 2012.- IV. LE DIVERSE DECLINAZIONI DEL PRINCIPIO DEL *FAVOR VERITATIS*. FILIAZIONE “ASSISTITA” ED IL PROBLEMA DELLA CONOSCENZA DELLE PROPRIE ORIGINI E DELLA CREAZIONE DI RAPPORTI DI “GENITORIALITÀ NATURALE” SECONDO LA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI SUPERIORI E SOVRANAZIONALI.- V. LA LETTURA DEL *FAVOR VERITATIS* ALLA LUCE DEL PRINCIPIO DEL PREMINENTE INTERESSE DEL NASCITURO CONCEPITO E DEL NATO.

I. PREMESA.

Il codice civile del '42 *ante* riforma del diritto di famiglia del 1975¹, era espressione di una *ratio legis* conseguenza di un *favor familiae*. In questo sistema la segretezza, l'anonimato del padre biologico a difesa della famiglia legittima, era la regola. Il riconoscimento dei figli adulterini, sulla scia del codice napoleonico, era consentito al solo genitore biologico non unito in matrimonio e, in quest'ultimo caso, il riconoscimento poteva avvenire in presenza di particolari circostanze (scioglimento del matrimonio per effetto della morte dell'altro coniuge e, comunque, non prima del compimento del diciottesimo anno di età dei figli legittimi e previa loro audizione - art. 252 c.c. nella formulazione originaria). L'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità, a differenza di quella di maternità, poteva essere esperita solo in talune ipotesi espressamente sancite nell'art. 269 c.c. (violazione di norme penali o comunque di un onere di riservatezza a carico dell'autore del concepimento, violazione resa palese dal fatto della notoria convivenza o dal rilascio di una non equivoca dichiarazione scritta o dal concorso alla fondazione del possesso di stato di figlio naturale)² e, comunque, qualora fosse promossa nei confronti del presunto padre coniugato al tempo del concepimento, non prima dello scioglimento del matrimonio per effetto della morte dell'altro coniuge. In altri termini, “la norma operava nel senso di escludere soltanto in tali circostanze un beneficio di anonimato concesso al

¹ Legge del 19 maggio 1975, n. 151.

² Per un approfondimento v., MAJELLO, U.: *Della filiazione illegittima e della legittimazione*, in *Commentario del Codice Civile* (diretto da SCIALOJA e BRANCA), Zanichelli, Bologna-Roma, 1969, pp. 23 e ss.

genitore in tutti gli altri casi”³. Ne risultava un sistema di esonero di responsabilità per il fatto della procreazione in palese contrasto con l’art. 30 e con gli altri valori sanciti dalla Costituzione, contrasto oggetto di un’ampia rivisitazione prima nel 1975 e, successivamente, nel 2012.

II. PROMOZIONE DEI DIRITTI DEL MINORE: STATUTO COSTITUZIONALE E LEGISLAZIONE ORDINARIA DOPO LA RIFORMA DEL DIRITTO DI FAMIGLIA DEL 1975. PRINCIPIO DI RESPONSABILITÀ PER IL FATTO DELLA PROCREAZIONE.

La riforma del ’75 ha composto, non senza incertezze, un nuovo rapporto tra *favor legitimitatis* e *veritatis*. Il principio cardine che ha informato l’intera disciplina degli *status filiationis* è stato individuato nel c.d. *favor veritatis* inteso come corrispondenza tra verità naturale e certezza formale della filiazione⁴. Esso subiva dei temperamenti. Residuavano norme tendenti a proteggere la posizione del figlio legittimo, nonostante l’eventuale contrasto con la verità biologica del suo concepimento, quali ad esempio quelle sulla presunzione di paternità del marito (artt. 231 c.c. e ss.) o le ipotesi tassative nelle quali era ammesso il disconoscimento di paternità del figlio legittimo (art. 235 c.c.)⁵.

³ Così BESSONE, M., ROPPO, E.: *Il diritto di famiglia*, Utet, Torino, 1977, p. 156.

⁴ È stata sottolineata la derivazione costituzionale del *favor veritatis*. La richiesta corrispondenza tra verità biologica e giuridica troverebbe il suo referente proprio negli artt. 2, 29 e 30 cost. Così COMPORITI, M. e MARTINI, P.: “Paternità e prova biologica. Le prove del sangue e quelle genetiche dopo la riforma della filiazione legittima e naturale”, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, p. 379; BESSONE, M., ALPA, G., D’ANGELO, A., FERRANDO, G., SPALLAROSSA, M. R.: *La famiglia nel nuovo diritto*, Zanichelli, Bologna, 1995, p. 224. Ispirate al principio del *favor veritatis* in materia di filiazione legittima alcune norme volte ad agevolare il disconoscimento della paternità e ad escludere la presunzione di paternità in ipotesi in cui è improbabile il concepimento ad opera del marito. L’esclusione della presunzione di paternità durante il periodo di separazione tra coniugi (art. 232, co.2, c.c.), l’estensione dell’azione di disconoscimento della paternità (artt. 235 e 244 c.c.); così come nell’ambito della filiazione naturale l’ampliamento dei casi in cui è possibile agire per ottenere la dichiarazione giudiziale di paternità.

⁵ Nella riforma del ’75 ci si era domandati se era possibile sostenere che l’azione di contestazione, nella nuova formulazione che aveva soppresso l’elencazione dei casi di esperibilità, assumesse una funzione più ampia, applicandosi anche ai casi per i quali non era possibile esperire l’azione di disconoscimento della paternità e ponendosi, in tal modo, su un piano di azione concorrente con essa. Discostandosi dall’interpretazione restrittiva dell’azione di contestazione oltre i casi in cui si contestava la legittimità degli elementi documentati dall’atto di nascita, contro la validità del matrimonio, contro l’atto di nascita nelle due ipotesi di supposizione di parto e sostituzione di neonato ed infine nel caso di nascita avvenuta prima del matrimonio. Per combattere la presunzione di paternità anche nei casi in cui non era possibile l’azione di disconoscimento. Così LUZZATI, M.: *La famiglia, la legge e il giudice (il nuovo diritto di famiglia)*, Milano, Pirola, 1978, p.191; PANE, R.: “Favor veritas e azione di disconoscimento di paternità”, in *Rapporti personali della famiglia* (a cura di

Prima della l. 28 marzo 2001 n. 149, delle successive modifiche e della giurisprudenza della Corte costituzionale⁶, la l. 4 maggio 1983 n. 184 in tema di adozione, sanciva il principio di segretezza⁷. La legge prevedeva la dissoluzione dei vincoli del minore con la famiglia naturale⁸. Si ammetteva che l'autorità giudiziaria autorizzasse il superamento dell'anonimato⁹. Se da

P. PERLINGIERI), ESI, Napoli, 1982, p.134. Tuttavia venivano evidenziate deroghe al principio di derivazione biologica del rapporto di filiazione che dimostrano la volontà del legislatore di limitare il principio, che diventa talvolta insufficiente (casi di filiazione naturale ai quali non segue il riconoscimento o la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità), o inidoneo (casi in cui era disposto il divieto di indagini sulla maternità o paternità come per i figli incestuosi oppure di eseguire il riconoscimento in contrasto con lo *status* di figlio legittimo o legittimato) o ancora irrilevante (per l'adozione legittimante) in quanto contrario a vari interessi ritenuti prevalenti. Impostazione volontaristica considerata la soluzione più adeguata per risolvere i problemi di attribuzione della titolarità del rapporto di filiazione e la esperibilità dell'azione di disconoscimento. Il consenso dei coniugi si configurava "come atto causativo della nascita di una persona..." nel cui interesse veniva sancita la preclusione al padre sociale all'azione di disconoscimento, al donatore del seme dell'atto di riconoscimento; l'attribuzione al nato dello *status* di figlio legittimo ricorrendone i presupposti; in tal senso cfr. BALDINI, G.: "Considerazioni su paternità biologica e sociale nell'ambito della procreazione artificiale eterologa", in *Rass. dir. civ.*, 1996, pp. 14 e ss.

⁶ Corte Cost. 22 novembre 2013, n. 278 e 10 giugno 2014, n. 162, reperibili sul sito www.cortecostituzionale.it, come tutte le altre sentenze della Corte costituzionale citate nel testo.

⁷ La l. 4 maggio 1983 n. 184 conteneva norme specifiche relative all'interruzione dei rapporti tra adottato e famiglia di origine e al segreto, rivolte sia agli ufficiali di stato civile (art. 28) sia in generale a chiunque avesse conoscenza per ragioni di ufficio o di servizio di procedure di adozioni (art. 73). L'art. 28 stabiliva che qualunque attestazione di stato civile riferita all'adottato dovesse essere rilasciata con la sola indicazione del nuovo cognome e con l'esclusione di riferimenti alla paternità o maternità del minore. Tuttavia, la stessa norma ammetteva, previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria, il superamento del segreto. In tal modo, si dava al giudice la possibilità di valutare tutte le circostanze del caso concreto e di decidere il rilascio di certificazioni idonee a rivelare il rapporto di adozione. In ordine al problema del segreto e della richiesta dell'adottato dell'autorizzazione per il rilascio di copia integrale dell'atto di nascita motivata con l'intento di conoscere le proprie origini biologiche si v. App. Perugia 25 maggio 1992, in *Il dir. fam e pers.*, 1994, p. 154, App. Palermo 11 dicembre 1992, in *Il Dir. fam. e pers.*, 1993, p. 587; *contra* Trib. Min. Roma, 30 maggio 1994, in *Il dir. fam. e pers.*, 1994, p. 1315.

⁸ Già prima della riforma delle adozioni si era sostenuto che l'adottato in caso di adozione c.d. legittimante continuasse ad avere rapporti con la famiglia di origine, v. Trib. Min. Roma, 5 Luglio 1988, in *Il dir. fam. e pers.*, 1990, p. 105, che rileggeva l'art. 27 l. 1983 n. 184 alla luce degli artt. 2 e 30 Cost. sostenendo che dalla suddetta norma dovesse essere escluso ogni significato che potesse comportare una qualsiasi limitazione del diritto del minore "alla completa disponibilità di ogni parte del suo essere – e quindi del proprio vissuto – qual volta essa appaia in concreto indispensabile ai fini della strutturazione della sua personalità attuale". Si v. Trib. Min. Palermo 15 Aprile 1987, in *Il dir. fam. e pers.*, 1987, p. 788; diversamente dalla interpretazione del Trib. Min. di Palermo, sull'autorizzazione del procuratore della Repubblica e quella dell'autorità giudiziaria, la circolare 2 gennaio 1986 n. 335692 del Ministero di Grazia e Giustizia, in *Il dir. fam. e pers.*, 1987, p. 904.

⁹ Sul principio di anonimato, CENCI, P.: "Sul diritto dell'adottato di conoscere l'identità dei propri genitori naturali", *Il dir. fam e pers.*, 1996, p. 1551; nell'ambito della c.d. procreazione artificiale eterologa, VEGETTI FINZI, S.: "Oscurità dell'origine e bioetica della verità", in RODOTÀ, S.

un lato, singole disposizioni tendevano a riconoscere un *favor veritatis* quale promozione dei diritti del minore¹⁰ nella sua condizione di persona, non potevano considerarsi tali integrazioni elementi di una strategia di intervento legislativo fortemente innovativa¹¹. In realtà, la riforma del 1975 aveva operato, mediante il sistema della novellazione, introducendo disposizioni e abrogandone delle altre, ma lasciando in parte inalterato il quadro di riferimento costituito dal codice del '42 ispirato ad un modello normativo di trattamento "differenziato" comune ai codici di derivazione napoleonica¹². Nel sistema convivevano disposizioni di segno diverso. Da un lato, il principio generale di responsabilità dei genitori per il fatto della procreazione (art. 30 cost.) attuato anche nell'art. 279 c.c., che consente al figlio di agire nei confronti del "genitore genetico" per ottenere il mantenimento, l'istruzione e l'educazione nelle ipotesi nelle quali non è esperibile l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità; dall'altro, come già disponeva il codice *ante* riforma del '75, erano vietate le indagini sulla maternità o paternità per i figli nati da "relazioni incestuose" irricognoscibili

(a cura di): *Questioni di bioetica*, Roma-Bari, Laterza, 1993, pp. 182 e ss., ed ancora PATTI, S.: "Sulla configurabilità di un diritto della persona di conoscere le proprie origini biologiche", in *Il dir. fam. e pers.*, 1987, pp. 1315 e ss.

¹⁰ L'art. 20, co. 4 della Convenzione europea sull'adozione dei minori, approvata a Strasburgo, ratificata e resa esecutiva con la l. 22 maggio 1974 n. 357, riconosce alle "persone che hanno un interesse legittimo, di venire a conoscenza del fatto che una persona è stata adottata, o, qualora il fatto sia di dominio pubblico, di conoscere l'identità dei genitori naturali".

¹¹ Il *favor veritatis* era ritenuto la "chiave" per intendere numerose norme della riforma del diritto di famiglia del '75 tra le quali l'estensione alla madre ed al figlio della legittimazione ad agire in tema di disconoscimento della paternità *ex* art. 235 c.c. Legittimazione successivamente estesa al pubblico ministero (*ex* art. 81 l. 4 maggio 1984 n. 184). La non operatività della presunzione di concepimento nei casi previsti dagli artt. 232, co.2, e 234 c.c. Tuttavia, si era anche ritenuto che il legislatore del 1975 "presenti due anime, volte l'una a mantenere ancora fermi quei legami da cui è garantita la stabilità e la sicurezza dell'istituto familiare, l'altra ad aderire maggiormente al rispetto dei rapporti naturali". Così, BUCCIANTE, A.: *Filiazione* (voce), II, in *Enc. Giur.*, XIV, Roma, par. 1.3.

¹² La Corte Costituzionale aveva dichiarato che la dichiarazione giudiziale di paternità non era ammissibile quando era in contrasto con l'interesse del figlio minore (sent. 20 luglio 1990, n. 341) infrasedicenne. Inoltre, quando l'azione di disconoscimento doveva essere promossa nell'interesse del figlio minore, la Corte aveva ritenuto che il Tribunale nel decidere se conferire tale potere al curatore doveva tenere conto dell'interesse sostanziale del figlio a mutare il proprio *status* familiare non rilevando il solo dato biologico (sent. 27 novembre 1991 n. 429). Si ricorda che, se da un lato, l'attribuzione dello *status* prescindeva dalla volontà dei soggetti, rimangono norme in palese contrasto tra loro ad esempio l'impugnazione del riconoscimento per effetto di interdizione giudiziale; qui si dà rilevanza all'incapacità e, quindi, alla mancanza di volontà più che alla veridicità del riconoscimento e all'interesse del figlio e dello stesso interdetto. Analogamente nel riconoscimento impugnabile per violenza; ipotesi, quest'ultima, che consente al figlio di intentare ed ottenere l'attribuzione dello *status* con l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità e/o maternità.

(art. 278 c.c.)¹³. Riconoscimento ammesso, in vigore della precedente disciplina, solo da parte del genitore in buona fede (colui che avesse ignorato il vincolo di parentela o affinità col coniuge), ovvero in caso di dichiarazione di nullità del matrimonio dal quale derivava l'affinità. Inoltre, ai sensi dell'art. 278, comma 2° c.c., era previsto che il giudice poteva ammettere le indagini sulla paternità o sulla maternità "quando vi è stato ratto o violenza carnale nel tempo che corrisponde a quello del concepimento". Non erano state, altresì, eliminate delle ingiustificate discriminazioni in danno dei figli naturali. Disparità di trattamento rilevate nella normativa prevista per il riconoscimento della filiazione naturale. La legge dettava norme in virtù delle quali il figlio nato in costanza di matrimonio era considerato in via presuntiva legittimo (artt. 231 e ss. c.c.). Presunzioni *iuris tantum* che potevano essere superate, per un verso, con l'azione di disconoscimento della paternità, ovvero, per quanto riguardava la maternità, con l'azione di contestazione di legittimità nei casi di supposizione di parto o sostituzione di neonato¹⁴. L'esperimento dell'azione di disconoscimento di paternità era sottoposto a brevi termini decadenziali, differenti per ciascuno dei legittimati attivi¹⁵. Legittimati attivi erano il figlio ed i genitori; il padre biologico generalmente non era considerato portatore di un interesse proprio all'accertamento della paternità effettiva¹⁶. Il breve termine decadenziale (art. 244 c.c.) e la tipicità dei legittimati attivi costituivano un chiaro limite al *favor veritatis*, spiegato con l'esigenza di tutela del preminente interesse del figlio alla stabilità del

¹³ La disposizione codicistica era stata dichiarata illegittima costituzionalmente dalla Corte cost. con la sentenza del 28 novembre 2002 n. 494, in *Giur. legittimità*, 2003, I, p. 879 e ss., nella parte in cui esclude la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturali e le relative indagini, nei casi in cui, a norma dell'art. 251, comma 1° c.c., il riconoscimento dei figli incestuosi era vietato. Sulla problematica del figlio incestuoso, MARINARO, G.: *I figli privi di status*, Napoli-Camerino, ESI, 1991, *passim*.

¹⁴ L'azione di contestazione era ed è imprescrittibile ed esperibile da chiunque abbia interesse. Tale azione, volta a negare l'esistenza del parto della donna indicata come madre o l'identità del nato e quella del soggetto indicato come figlio, potrebbe incidere sulla identificazione del padre e, quindi, sullo *status* di figlio legittimo del soggetto considerato presuntivamente padre. In più non è sembrato potersi condividere, poiché non ragionevole, il diverso trattamento riservato al caso di disconoscimento della paternità ed all'azione di contestazione della maternità nei due casi enunciati. Il preminente interesse del figlio alla stabilità affettiva si aveva con riferimento al solo presunto padre legittimo, non alla madre o al genitore naturale recogniscente poiché in tal caso si sosteneva prevalessse il vincolo di sangue e non di solidarietà.

¹⁵ Sul punto si era espressa la Corte costituzionale. Con la sentenza n. 170 del 14 maggio 1999, in *Il dir. fam. e pers.*, 1999, p. 1032, la Corte aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale del previgente art. 244, comma 1° e 2°, c.c., riconoscendo ad entrambi i coniugi la decorrenza del termine per l'esercizio dell'azione dal giorno della loro venuta a conoscenza della impotenza *generandi* del marito. La decisione conteneva un'importante affermazione sul *favor veritatis* quale "componente essenziale dell'interesse del minore".

¹⁶ *Contra* Trib. Trani, 3 marzo 1983, in *Giur. it.*, 1984, I, c. 2255; in dottrina, CAPURSO, M. C.: "Figli concepiti da donna coniugata in conseguenza di separazione di fatto, contestazione della filiazione legittima, "favor veritatis", in *Giur. it.*, 1984, I, 2, c. 165 e ss.

rapporto affettivo e familiare già instaurato¹⁷. Diversamente, l'impugnazione del riconoscimento della filiazione naturale per difetto di veridicità era imprescrittibile ed era esperibile da chiunque ne avesse interesse. Secondo l'interpretazione della Corte Costituzionale il genitore recogniscente poteva sempre ritrattare un volontario e cosciente riconoscimento falso, sull'assunto che la disciplina del riconoscimento aveva per presupposto il vincolo di sangue, non potendo venire in considerazione valori di solidarietà che sono propri della famiglia affettiva¹⁸. Questo era sembrato¹⁹ un altro caso di irragionevole interpretazione discriminante a danno dei figli naturali; per questi, infatti, l'interesse alla stabilità affettiva familiare era condizionato all'azione di chiunque impugnava il riconoscimento non veridico. Tuttavia, la giurisprudenza²⁰ aveva considerato irretrattabile il riconoscimento avvenuto dall'autore nella piena consapevolezza della sua falsità, interpretando il previgente art. 263 c.c. alla luce dei principi fondamentali dell'ordinamento. Orbene, la pur radicale riforma del diritto di famiglia del '75 non risultava *in toto* coerente con la *ratio* della Costituzione²¹. Interventi legislativi in materia di adozioni e quelli interpretativi della Corte costituzionale avevano ampliato le ipotesi di accertamento della verità biologica e messo in luce una molteplicità di significati del *favor veritatis*. In siffatta ottica si poneva la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 278, comma 1°, c.c. nella parte nella quale escludeva la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturali e le relative indagini per i figli incestuosi irricognoscibili *ex art* 251, comma 1°, c.c.²². Pertanto, pur rimanendo il divieto di riconoscimento da parte dei genitori, i figli nati da "relazioni incestuose" *ex art*. 269 c.c.

¹⁷ Corte cost., 6 maggio 1985, n. 134, in *Giur. cost.*, 1985, I, p.963.

¹⁸ Corte cost., 18 aprile 1991, n. 158, in *Giur. cost.*, 1991, p. 1373 e ss. con nota di CATERINI, E.: "Filiazione naturale e adozione nello "Statuto dei diritti del minore", in *Giur. cost.*, 1991, pp. 2422 e ss. La Corte, con la sentenza del 22 aprile 1997, n. 112, aveva ribadito quanto già affermato nella precedente pronuncia, dichiarando che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità era ispirata al "principio di ordine superiore che ogni falsa apparenza di stato deve cadere", in quanto nella verità del rapporto di filiazione era stato individuato un valore necessariamente da tutelare.

¹⁹ Così, CHIAPPETTA, G.: "I rapporti familiari nel dibattito costituzionale e nel pensiero di Fausto Gullo", in *Fausto Gullo fra costituente e governo* (a cura di AMIRANTE, C. e V. ATRIPALDI), Napoli, 1997.

²⁰ Cass. 24 maggio 1991, n. 5886; Trib. Roma, sentenza del 5 ottobre 2012, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 927 e ss. con nota di VIRGADAMO, P.: "Falso e consapevole "riconoscimento" del figlio naturale o vero atto (illecito) comportante l'assunzione della responsabilità genitoriale? Per un'interpretazione non formalistica dell'atto privato", p. 931. Per l'A. non si tratterebbe di un riconoscimento scientemente falso, ma di un atto illecito.

²¹ Sulla centralità dell'interesse del minore v. PERLINGIERI, P.: *Diritto alla famiglia e minori senza famiglia*, in *La persona e i suoi diritti*, ESI, Napoli, 2005, pp. 303 e ss.

²² Corte cost. 28 novembre 2002 n. 494, in *Giur. legittimità*, 2003, I, p. 879 e ss. La sentenza, con le precedenti per i casi di adulterio (Corte cost. 2 maggio 1985 n. 134, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1986, I, p. 199) e d'impotenza (Corte cost. 14 maggio 1999 n. 170, cit.) sembrano muoversi nella direzione del riconoscimento del diritto inviolabile del nato di poter conoscere le proprie origini.

potevano esperire l'azione per l'accertamento giudiziale della paternità o della maternità²³

Tale regime è stato completamente rivisitato con la riforma iniziata nel 2012, la quale ha eliminato il divieto del riconoscimento dei figli nati da "relazioni incestuose". L'art. 251 c.c., nell'attuale formulazione, prevede la possibilità del riconoscimento "previa autorizzazione del giudice avuto riguardo all'interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio". Previa autorizzazione è consentito, altresì, esperire l'azione per ottenere che sia giudizialmente dichiarata la paternità o la maternità (art. 278 c.c.).

III. LA REVISIONE DEL DIRITTO DELLA FILIAZIONE AD OPERA DELLA L. N. 219 DEL 2012.

Il sistema delle azioni di stato ha subito un profondo mutamento a seguito della riforma del diritto della filiazione operata dalla l. n. 219 del 10 dicembre 2012²⁴, che ha introdotto lo stato unico di figlio ed ha ridefinito la nozione di parentela.

In sintonia con i principi dell'ordinamento italo-europeo²⁵ che vieta le

²³ L'art. 269, comma 2°, c.c. relativamente alla dichiarazione giudiziale di paternità e maternità ammette, come in passato, ogni mezzo di prova comprese, quindi, le prove genetiche e quelle dei gruppi sanguigni sia per accertamento della maternità o della paternità naturali, sia per escludere la paternità o maternità fatta valere dal legittimato passivo all'azione, Sull'utilizzazione delle prove biologiche, COMPORTI, M.: "Filiazione e prove biologiche", in *Quad.*, 1985, pp. 248 e ss.; BISCONTINI, G.: *Prove ematologiche e filiazione*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, pp. 493 e ss. Sulla coercibilità della perizia ematologica, v. PERLINGIERI, P.: "Sulla coercibilità della perizia ematologica. In margine alla sentenza della Corte costituzionale del 24 marzo 1986, n. 54", in *Leg. e giust.*, 1988, p. 388, ora in *La persona e i suoi diritti*, 2005, pp. 511 e ss.

²⁴ Disciplina attuata con il d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154. Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della l. del 10 dicembre 2012, n. 219.

²⁵ Nella Relazione alla legge si richiama la necessità di adeguarsi non soltanto ai principi costituzionali che esprimono il valore della persona umana (artt. 2, 3 e 30 cost.), ma anche al divieto di discriminazioni fondato sulla nascita, posto dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (vincolante a seguito dell'entrata in vigore, nel 10 dicembre 2009, del Trattato di Lisbona, in virtù dell'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea – versione consolidata) ed alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti CEDU). Questa ultima – alla quale la Consulta, a far data dalle note sentenze nn. 348 e 349 del 2007 ed in virtù del novellato art. 117 cost., ha riconosciuto il ruolo e la portata di fonte subcostituzionale – pur non prevedendo disposizioni esplicite in materia di filiazione, ne contempla la tutela all'articolo 8, che sancisce il diritto di "ogni persona" al rispetto della propria vita privata e familiare (talvolta in combinato disposto con l'articolo 14, che pone il divieto di qualsiasi discriminazione), agli artt. 6, 13 e 34 che riconoscono il diritto al giusto processo e ad una tutela effettiva (sul punto si v., da ultimo, il caso *Matusik c. Polonia* (ricorso n. 3826/10) del 1° ottobre 2013,

diseguaglianze fondate sulla condizione della nascita (artt. 2, 3 e 30 cost.)²⁶, la l. n. 219 del 10 dicembre 2012 ha “superato” il sistema del codice civile che distingueva i figli, a seconda dell’essere concepiti in costanza di matrimonio e fuori di esso, tra legittimi e naturali. Il novellato art. 315 c.c. prevede che “tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico”.

Il problema che si è posto a seguito della riforma del 2012 è se la parificazione dello stato dei figli (art. 315 c.c.) comportasse l’unificazione delle regole di accertamento della filiazione. È noto che l’ultimo comma dell’art. 30 cost. contempla la riserva di legge per l’emanazione delle “norme e i limiti per la ricerca della paternità”²⁷; nell’art. 2, lett. c, della l. n. 219 del 2012, tra i criteri direttivi contenuti nella delega al Governo è indicata “la ridefinizione della disciplina del possesso di stato e della prova della filiazione prevedendo che la filiazione fuori del matrimonio può essere accertata con ogni mezzo idoneo”, affermandosi la necessità “che per la filiazione fuori del matrimonio la prova in giudizio non incontri alcun limite”²⁸.

Sulla ridefinizione della disciplina delle azioni di stato e delle regole di accertamento della filiazione diverse sono state le soluzioni prospettate dalla dottrina.

Vi è chi ha ritenuto necessaria l’unificazione delle regole di accertamento, sia pur con diverse impostazioni di fondo²⁹, e chi, al contrario, ha sostenuto che le discipline apparentemente discriminatorie sono giustificate da *rationes* differenti, poiché fondate su presupposti e situazioni non equiparabili³⁰. Il riconoscimento dell’unicità dello *status* sancito dall’art. 315 c.c., in una con l’attribuzione degli stessi diritti (degli stessi doveri) non ha, secondo la

con le osservazioni critiche del giudice V. DE GAETANO, A. alle quali si rinvia), ed all’art. 1 del Protocollo Addizionale n. 1, che tutela il diritto di acquisire beni. Sull’interpretazione del caso concreto nel sistema italo-europeo delle fonti v., PERLINGIERI, P.: *Interpretazione e legalità costituzionale*, ESI, Napoli, 2012, *passim*.

²⁶ PERLINGIERI, P.: “Famiglia e diritti fondamentali della persona”, in *La persona e i suoi diritti*, ESI, Napoli, 2005, pp. 369 e ss.

²⁷ Ciò in quanto il costituente partiva dall’assunto che *mater certa est*. L’evoluzione delle conoscenze scientifiche e tecniche hanno inciso sul brocardo poiché oggi si può discutere, ad esempio nelle tecniche di P.M.A. di tipo eterologo ed in quelle di surrogazione di maternità, chi possa essere madre tra la donatrice di gamete, la gestante o, ancora, la madre sociale. La Corte di Strasburgo tutela non soltanto i rapporti di filiazione “biologica”, ma anche quelli “sociali” o degli “affetti” facendoli rientrare nel diritto al rispetto della vita familiare sancito nell’art. 8 CEDU.

²⁸ Così BIANCA, M.: “Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico”, in *NLCC*, 2013, p. 520.

²⁹ LENTI, L.: *La sedicente riforma della filiazione*, in *NGCC*, 2013, p. 201. Per una sintesi delle diverse posizioni v., BIANCA, M.: *ult. op. cit.*, p. 520 e note 75, 76 e 78.

³⁰ Il legame matrimoniale tra genitori determina l’attribuzione automatica dello stato di figlio dei coniugi in considerazione dell’obbligo reciproco di fedeltà *ex art.* 143 c.c. che consente di stabilire la presunzione di paternità (art. 231 c.c.). V. M. SESTA, *L’accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013*, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 454.

prospettiva da ultima citata, come ricaduta necessaria l'equiparazione delle diverse tipologie di famiglie, ritenendosi giustificato un trattamento diverso in applicazione del principio di uguaglianza sostanziale e di ragionevolezza³¹. Le distinzioni tra i criteri di accertamento non si risolverebbero in discriminazioni, ma al contrario sarebbero giustificate dalla "diversità insita nella distinzione tra filiazione all'interno o fuori del matrimonio"³².

L'unificazione dello *status filiationis* ex art. 315 c.c. e la necessità di formare una disciplina organica e coerente hanno richiesto un intervento sulle regole di accertamento della filiazione. Il legislatore si è trovato a metter mano su di un sistema di regole differenziate per l'accertamento della filiazione e lo ha mantenuto in gran parte³³.

Come già prima della novella del 2012, esso prevede l'operatività della presunzione di paternità del marito della partoriente ora anche per i figli "nati" in costanza di matrimonio, il riconoscimento o la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità per i figli nati fuori dal matrimonio. Altre disposizioni sono dettate per l'ipotesi di parto anonimo, per l'attribuzione dello *status filiationis* in caso di nato mediante le tecniche di procreazione assistita (d'ora in avanti P.M.A.) di tipo eterologo (ora lecite) ed, ancora, per lo *status* di figlio adottivo. Ulteriori distinzioni sono dettate per l'adozione di minori di età, in casi particolari e di maggiorenni. In ragione del divieto di surrogazione di maternità ex l. n. 40 del 2004 e della rilevanza penale della fattispecie, non sono dettati criteri per l'attribuzione della responsabilità genitoriale.

Il mantenimento del regime differenziato delle regole di accertamento della filiazione non ha consentito l'unificazione della disciplina delle azioni di stato in due tipologie, la prima per l'attribuzione giudiziale del rapporto di filiazione e la seconda per la confutazione della maternità o paternità, come nel novellato sistema francese ed in quello tedesco³⁴.

La l. n. 219 del 10 dicembre 2012 ha previsto nell'art. 2, comma 1°, lett d) "la ridefinizione della disciplina del disconoscimento di paternità, con riferimento in particolare all'art. 235, primo comma, numeri 1), 2) e 3) c.c., nel rispetto dei principi costituzionali" ed in attuazione della necessità di

³¹ BIANCA, M.: ult. op. cit., p. 520 e ss.

³² BIANCA, M.: ult. op. cit., p. 518.

³³ D.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154. Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della l. del 10 dicembre 2012, n. 219.

³⁴ Per un esame comparato con il sistema francese e tedesco si v. R. ROSETTI, *Azione di disconoscimento di paternità*, in *Modifiche al codice civile e alle leggi speciali in materia di filiazione*, Napoli, 2014, p. 13 e ID., *Modifica della disciplina del disconoscimento e limiti all'imprescrittibilità dell'azione di disconoscimento della paternità*, in *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Milano, 2014, p. 67.

adeguare anche la disciplina delle azioni di stato alla unicità dello stato di figlio dettata dalla l. n. 219 del 2012 (art. 2, comma 1°).

Il d.lgs. n. 154 del 28 dicembre 2013, in attuazione della delega, ha abrogato l'art. 235 c.c. ed introdotto la disciplina del disconoscimento nell'art. 243 *bis* c.c. e nel Capo III del Titolo VII "Dello stato di figlio", concernente altresì le azioni di contestazione e di reclamo dello stato. In linea con la giurisprudenza costituzionale ed europea, a tutela del preminente interesse del minore e del diritto all'identità genetica, la riforma ha eliminato l'elencazione dei casi di esperibilità dell'azione.

L'azione di disconoscimento ha legittimazione relativa ed è imprescrittibile per il figlio. Legittimati attivi sono, come in passato, il padre, la madre ed il figlio³⁵. Tale azione ha la funzione di superare la presunzione di paternità; pertanto, non può che operare in presenza dell'atto di nascita nel quale il nato è stato denunciato come figlio del marito della madre. La presunzione è stata estesa al nato durante il matrimonio, indipendentemente dalla data del concepimento (art. 231 c.c.)³⁶. La possibilità di congelare e conservare il liquido seminale o l'embrione, rende possibile che il figlio di genitori uniti in matrimonio nasca oltre il periodo di presunzione nel matrimonio o, addirittura, che la fecondazione del figlio e/o il suo impianto nell'utero materno avvenga ben oltre il decesso del padre e, dunque, dopo lo scioglimento del matrimonio. In ogni caso, è necessario realizzare il preminente interesse del nato ed il diritto del figlio a veder affermato il proprio rapporto di filiazione nei confronti di chi lo ha "generato" (234). Pertanto, il criterio per l'attribuzione della paternità, pur nell'ipotesi di nascita fuori delle presunzioni legali, dovrebbe essere quello dettato dagli artt. 6 e 9 l. n. 40/2004 che individuano il padre in coloro (marito o convivente della donna alla quale è impiantato l'embrione) che hanno dato il consenso al ricorso alle dette tecniche omologhe o eterologhe della moglie o della convivente, che volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati come genitori fino al momento della fecondazione dell'ovulo³⁷.

L'art. 243 *bis* c.c. ha riconosciuto al figlio ed alla madre un'autonoma legittimazione all'esercizio dell'azione di disconoscimento. In vigenza dell'art. 235 c.c., ora abrogato, la loro legittimazione si riteneva derivasse da quella del padre. La riforma ha inteso garantire al figlio il diritto fondamentale a

³⁵ L'azione di disconoscimento della paternità è trasmissibile *ex art.* 246 c.c.

³⁶ Sul punto v., R. PANE, *Ancóra sul diritto di conoscere le proprie origini*, in *Lo stato unico di figlio*, a cura di G. CHIAPPETTA, ESI, 2014, p. 84 e ss.

³⁷ In questa prospettiva, appare da condividere la decisione di una Corte di merito, la quale ha affermato il diritto allo stato di figlio nato nel matrimonio della persona nata dopo trecento giorni dalla morte del padre, qualora siano stati impiantati gli embrioni crioconservati del marito nell'utero della madre inottemperanza di un provvedimento cautelare d'urgenza (TPalermo 8.1.99).

conoscere la propria identità genetica, consentendo, così, di superare i sospetti di illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 2 e 24 cost. sollevati per il previgente art. 235 c.c.

Riguardo al figlio l'azione è imprescrittibile. A quest'ultimo sembra essere attribuita la facoltà di scelta *ab libitum* e senza limiti di tempo dello stato di filiazione non veridico, risultante documentalmente. Ci si è posti l'interrogativo sulla *ratio* di tale "disponibilità dello *status*" rinvenuta esclusivamente in funzione della verità del rapporto di filiazione. Diversamente, la *ratio* potrebbe, in linea con la giurisprudenza costituzionale³⁸ e della Corte di Strasburgo³⁹, essere rinvenuta nella tutela del legame familiare concretamente instaurato, sebbene non conforme alla verità biologica o genetica. Ciò indurrebbe a ritenere che l'azione di disconoscimento non sia esperibile sempre ed in ogni caso. Infatti, sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che per delineare il concetto di vita familiare valuta il rapporto affettivo instaurato e tutte le circostanze del caso concreto, si potrebbe limitare il diritto all'azione. L'azione potrebbe non ritenersi ammissibile in presenza della scelta volontaria del figlio e del presunto padre di accettazione del rapporto di filiazione formalmente risultante dall'atto di nascita, ancorché non rispondente alla realtà. Ciò in ragione dell'atto di assunzione di paternità del presunto padre e della consapevole instaurazione del rapporto di filiazione da parte del figlio capace di discernimento. Il principio di solidarietà familiare *ex* art. 2 cost. ed il valore impegnativo dell'atto consapevole di assunzione del rapporto di filiazione, in aggiunta alle circostanze e peculiarità del rapporto sottoposto all'azione, potrebbero rinnegare "l'arbitrio" da parte degli autori dell'atto di assunzione responsabile del rapporto (presunto padre e figlio)⁴⁰. La legittimazione attiva a proporre l'azione non è stata estesa al terzo che assuma di essere padre, sebbene la Corte costituzionale ritenga che la crescente considerazione del *favor veritatis* non si ponga in conflitto con il *favor*

³⁸ Sul punto v., Corte cost. nn. 31 e 7, rispettivamente, del 23 febbraio 2012 e del 23 gennaio 2013, che ha dichiarato illegittimi costituzionalmente gli artt. 569 e 566 c.p. nella parte nella quale prevedevano la decadenza della potestà genitoriale (ora responsabilità genitoriale) quale conseguenza automatica della condanna per il reato di soppressione o di alterazione di stato. La Consulta ha affermato che la decadenza non può conseguire automaticamente, ma deve essere valutata dal giudice nel caso concreto ed in relazione al preminente interesse del figlio minore di età.

³⁹ Sul concetto di vita familiare della Corte di Strasburgo v. CHIAPPETTA, G.: "Status personae e familiae nella giurisprudenza delle corti sovranazionali", in *Famiglie e minori*, ESI, Napoli, 2011, pp. 25 e ss.; PERLINGIERI, P.: *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee*, ESI, Napoli, 2008; PERLINGIERI, P.- CHIAPPETTA, G.: "Rapporti familiari e parentali", in *Manuale di diritto civile* (a cura di PERLINGIERI), ESI, Napoli, *passim*.

⁴⁰ Sul punto v. CHIAPPETTA, G.: "Status personae e familiae nella giurisprudenza delle corti sovranazionali", cit., e ID.: "La nuova disciplina delle azioni di stato", in *La Riforma della filiazione* (a cura di C. M. BIANCA). CEDAM, Padova, 2015. V., Corte di Strasburgo, caso *A.L. c. Poland* (ricorso n. 28609/08), sentenza del 18 maggio 2014; ed ancora il caso deciso dal Trib. di Roma, sentenza del 5 ottobre 2012, cit. ante, nota n. 20.

minoris, “poiché la verità biologica della procreazione costituisce una componente essenziale dell’interesse del medesimo minore, che si traduce nella esigenza di garantire ad esso il diritto alla propria identità e, segnatamente, alla affermazione di un rapporto di filiazione veridico”⁴¹. Inoltre, anche sulla base dei rilevati mossi dalla Corte EDU in più occasioni alla normativa italiana, la soluzione legislativa è esposta al rischio di impugnazioni innanzi alla Corte sovranazionale *ex art. 8* per l’impossibilità di instaurare rapporti familiari anche *de futuro*⁴².

In numerose decisioni si è, infatti, stigmatizzato che la normativa italiana, a differenza di quanto previsto in altri sistemi, non dia alcuna possibilità al padre biologico di esperire l’azione di disconoscimento, con la previsione delle relative “opportune cautele per evitare che quest’ultima possa essere lesiva del preminente interesse del figlio minore”. Il *vulnus* è, dunque, rappresentato dalla negazione al padre “naturale” di creare un legame con il figlio, la quale potrebbe in concreto risultare, per le ragioni anzidette, in contrasto con gli artt. 2, 3, 24 e 117 cost. (quest’ultimo per violazione degli artt. 6, 8, 13 e 34 CEDU). In tale direzione, previo riscontro dell’interesse per il figlio all’accertamento della verità biologica, si potrebbe introdurre quale legittimato attivo all’azione di disconoscimento il padre biologico.

L’art. 244, comma 4°, c.c. prevede, per la madre e per il padre, che l’azione di disconoscimento di cui ai precedenti commi 1° e 2° non sia proponibile oltre cinque anni dalla nascita del figlio. Il legislatore avrebbe introdotto questo ulteriore termine, definito di improponibilità⁴³ dell’azione, che decorrerebbe a prescindere dalla conoscenza dell’adulterio, dell’impotenza *generandi* e dalle condizioni soggettive del legittimato attivo⁴⁴.

Il termine “finale” non sarebbe applicabile ai casi di cui al terzo comma dell’art. 244 c.c., ipotesi nelle quali la decorrenza del termine si fonda sulla mancata conoscenza della nascita⁴⁵. La “rigidità” del termine quinquennale c.d. finale si ritiene sia a garanzia della certezza dello stato del figlio nato nel matrimonio. La soluzione indicata è giustificata nell’interesse del minore alla stabilità del rapporto di filiazione e alla certezza degli *status*. La previsione è stata interpretata nel senso che “oltre tale termine l’azione non può più essere

⁴¹ Corte cost. sentenze del 22 aprile 1997, n. 112, 3 luglio 1997, n. 216, 25 novembre 2011, n. 322, ordinanza 12 gennaio 2012 n. 7, pubblicata sulla G.U. del 18 gennaio 2012.

⁴² Caso *Keegan c. Irlanda*, sentenza del 26 maggio 1994; caso *Kroon ed altri c. Paesi Bassi*, del 27 ottobre 1994. Sul punto si v. altresì il caso *Paradiso e Campanelli c. Italia* (ricorso n. 25358/12), sentenza del 27 gennaio 2015.

⁴³ Così, ROSETTI, R.: “Azione di disconoscimento della paternità”, in *Modifiche al codice civile*, ESI, Napoli, 2014, p. 20, definisce detto termine “di improponibilità legale dell’azione”. In giurisprudenza: Trib. Roma, I sez., ordinanza dell’8 agosto 2014, reperibile sul sito www.altalex.it. Termine di cinque anni definito “tombale”.

⁴⁴ ROSETTI, R.: ult. op. cit.

⁴⁵ ROSETTI, R.: ult. op. cit., p. 21.

proposta nemmeno dall'incapace, il quale troverebbe comunque adeguata tutela, nella possibilità di proporre l'azione attraverso un tutore od un curatore speciale previa autorizzazione del giudice⁴⁶. In caso di incapacità del genitore legittimato attivo, l'interesse di questi potrebbe trovare tutela nell'azione del tutore presentata nei cinque anni dalla nascita del figlio o, in mancanza di questi, da un curatore speciale previa autorizzazione del giudice *ex art. 245, comma 2°*, c.c.⁴⁷.

Tuttavia, tale preclusione rigidamente dettata in astratto non sembra consentire, in concreto, la fissazione di un punto di equilibrio tra i contrapposti interessi alla verità genetica della paternità e alla stabilità dello *status* acquisito dal figlio. La norma pone dubbi di incostituzionalità per contrasto agli artt. 2, 3, 24 e 117 cost., quest'ultimo anche con riferimento agli artt. 6, 8, 13 e 34 della CEDU. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 170 del 14 maggio 1999⁴⁸, aveva affermato, già in vigenza della previgente disciplina, che la decorrenza del termine dall'evento della nascita nell'ipotesi di *impotentia generandi* poteva in concreto vanificare l'azione nell'ipotesi di incolpevole ignoranza del fatto costitutivo dell'azione, contrastando, in tal modo, con l'art. 24 cost.

Inoltre, la disciplina all'esame è censurabile per l'eccessiva "rigidità" del termine, che non permette di considerare i fattori e le diverse circostanze del caso concreto, quali la natura del rapporto affettivo, la sua durata, i suoi effetti psico-fisici, il sesso, l'età e lo stato di salute del figlio, dei genitori ed anche i rapporti parentali instaurati⁴⁹. In tal modo, la previsione appare in contrasto con l'art. 6, comma 1°, lett. a) della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli⁵⁰, canone di interpretazione della

⁴⁶ ALBANO, S.: "Omogeneità sostanziale dell'azione di disconoscimento della paternità e dell'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità", in *Filiazione. Commento al decreto attuativo* (a cura di M. BIANCA), Giuffrè, Milano, 2014, p. 68.

⁴⁷ ALBANO, S.: *ult. op. cit.*

⁴⁸ In *Il dir. fam. e pers.*, 1999, p. 1032. La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 244 c.c. nella precedente formulazione poiché in violazione degli artt. 3 e 24 cost., operando una distinzione tra *impotentia coeundi* e *generandi*. In relazione all'*impotentia coeundi* immediatamente conoscibile, la Corte ritiene "razionale la scelta del legislatore di imporre il termine di un anno dalla nascita del figlio per la proposizione dell'azione...". Diversamente, l'impotenza di generare rappresenta uno stato fisico che può essere per lungo tempo ignoto, poiché "in una elevata percentuale di casi consiste in un'affezione, che può essere priva di sintomatologia e di manifestazioni esteriori...diagnosticabile solo attraverso esami clinici".

⁴⁹ Sulla necessità di accordare una tutela di intensità maggiore alla persona "vulnerabile" nei rapporti familiari v. Corte di Strasburgo, caso *Zhou c. Italia* (ricorso n. 33773/11), sentenza del 21 gennaio 2014, § 58; caso *B. c. Romania* (ricorso n. 1285/03), §§ 86 e 114, sentenza del 19 febbraio 2013; caso *Todorova c. Italia* (ricorso n. 33932/06), sentenza del 13 gennaio 2009, § 75.

⁵⁰ Del Consiglio d'Europa adottata a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e ratificata ai sensi della l. n. 77 del 20 marzo 2003. Sul punto sia consentito il rinvio a CHIAPPETTA, G.: *Gli status*

legislazione vigente, che detta un principio cardine riguardante i minori ed i soggetti “vulnerabili” nei rapporti familiari (“vulnerabili” nell’accezione della Corte di Strasburgo): il procedimento deve tendere all’accertamento concreto dei fatti per i quali si procede⁵¹.

Da quanto esposto, la riforma del diritto della filiazione, iniziata nel 2012, ha inciso notevolmente sul diritto a conoscere le origini, sancendo per l’azione di disconoscimento, così come per l’impugnazione del riconoscimento, l’imprescrittibilità per il figlio. Oltre all’azione di disconoscimento, anche quella per l’impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità è stata rivisitata. Il fondamento di tale azione ha subito nel corso degli anni una interpretazione “evolutiva”. Si è passati dalla rilevanza in via esclusiva della obiettiva divergenza tra la verità del rapporto biologico e l’accertamento della filiazione operato dal riconoscimento, al considerare prevalente l’interesse concreto del figlio riconosciuto⁵².

La novella si inserisce in questa prospettiva e ribadisce la centralità dell’interesse del figlio. L’art. 2, comma 1°, lett. g) della legge delega n. 219 del 2012, esplicita la scelta di intervenire mediante la “modificazione della disciplina dell’impugnazione del riconoscimento con la limitazione dell’imprescrittibilità dell’azione solo per il figlio e con l’introduzione di un termine di decadenza per l’esercizio dell’azione da parte degli altri legittimati”. Criterio che integrava e specificava quello di portata generale dettato dall’art. 2, comma 1°, volto all’eliminazione di “ogni discriminazione tra i figli, anche adottivi, nel rispetto dell’articolo 30 della Costituzione”.

L’impugnazione in esame è, quindi, diretta a privare dello stato di figlio che deriva dal riconoscimento non veridico, formalmente documentato dall’atto di nascita.

La formulazione previgente dell’articolo 263 c.c. prevedeva l’imprescrittibilità dell’azione per l’impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità e

personae e familiae nella giurisprudenza delle corti sovranazionali, cit.

⁵¹ A questo riguardo deve aggiungersi che il legislatore delegato ha confermato il potere di iniziativa del pubblico ministero per la proposizione dell’azione nell’interesse del figlio infraquattordicenne, attribuendolo *ex novo* alla madre (art. 244, ultimo comma c.c.). Prima dei quattordici anni la valutazione dell’interesse del figlio, con la garanzia ove capace di discernimento della sua partecipazione, deve essere effettuata in via preventiva ed in concreto dal giudice per l’eventuale nomina del curatore speciale. Ciò conferma la indefettibilità preventiva della valutazione dell’interesse del minore in tutte le ipotesi di procedimenti che lo vedono coinvolto. Interesse del minore da valutare in concreto e da bilanciare con quello degli altri legittimati.

⁵² Segnano le tappe di questa evoluzione che hanno condotto alla l. n. 219 del 2012, ROSETTI, R.: *Azione di disconoscimento della paternità*, cit., pp. 46 e ss. e ALBANO, S.: “Omogeneità sostanziale dell’azione di disconoscimento della paternità e dell’impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità”, cit., pp. 55 e ss.

la legittimazione assoluta (per chiunque ne avesse interesse). L'attuale formulazione dell'art. 263 c.c. detta termini per l'esercizio dell'azione ad eccezione del figlio, per il quale essa è imprescrittibile.

Per gli autori del riconoscimento il termine per l'impugnazione è di un anno dal giorno dell'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita. Una deroga a tale *dies a quo* è prevista per l'ipotesi di impotenza *generandi* del padre al momento del concepimento. In tale ultima ipotesi, il termine decorre per il padre e per la madre dal giorno dal quale hanno avuto conoscenza dello stato di infertilità. L'azione non può essere proposta dagli autori del riconoscimento e dagli altri legittimati, decorso il termine di cinque anni dall'annotazione del riconoscimento.

Oltre tale termine, solo il figlio può decidere di far venir meno, in ogni tempo, il rapporto familiare. È stato osservato che le "rigide" scelte operate dal legislatore nella disciplina delle azioni di stato, sembrano far ritornare la dimensione asimmetrica e verticale dei rapporti genitori-figli con posizioni invertite⁵³.

Come per l'azione di disconoscimento, la novellata formulazione dell'art. 263, comma 3°, c.c. prevede che l'impugnazione per difetto di veridicità non sia proponibile oltre cinque anni; termine quinquennale che in tal caso decorre dall'annotazione del riconoscimento del figlio. Tale termine "finale" è applicabile agli autori del riconoscimento e agli altri legittimati, ad esclusione del figlio. Il legislatore avrebbe introdotto questo ulteriore termine, definito di improponibilità dell'azione⁵⁴, che decorrerebbe a prescindere dalla conoscenza dell'impotenza *generandi* e dalle condizioni soggettive del legittimato attivo⁵⁵.

Il genitore che ha riconosciuto il figlio in buona fede, con la scadenza del

⁵³ G. CHIAPPETTA, *Gli status personae e familiae nella giurisprudenza delle corti sovranazionali*, cit., e ID.: "La nuova disciplina delle azioni di stato", cit. L'imprescrittibilità delle azioni di disconoscimento di paternità e d'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità è dettata esclusivamente per il figlio *tout court* e non per il minore ed ostacola i ragionevoli temperamenti volti a garanzia e tutela di tutti gli interessi coinvolti. Si tratterebbe di una tutela "imposta" dall'interesse preminente del figlio. A sostegno della soluzione è richiamato il progetto di raccomandazione del Consiglio d'Europa sullo stato giuridico dei bambini e sulle responsabilità genitoriali che, però, riguarda i minori di età o le persone "incapaci o vulnerabili": "The Draft recommendation [CM/Rec(2012)] to member states on the rights and legal status of children and parental responsibilities".

⁵⁴ Così, BIANCA, C. M.: ult. op. cit., p. 399; ALBANO, S.: ult. op. cit., p. p. 67 e ss. In analogia a quanto previsto per l'azione di disconoscimento della paternità, sulla quale v. ROSETTI, R.: ult. op. cit., p. 20, che definisce detto termine "di improponibilità legale dell'azione". In giurisprudenza: Trib. Roma 8 agosto 2014, cit. Termine di cinque anni definito "tombale".

⁵⁵ ROSETTI, R.: ult. op. cit., p. 20.

termine c.d. finale, pur ignorando la propria impotenza *generandi*, viene “espropriato” del diritto di agire. La manifestazione di volontà al riconoscimento assume connotati di irreversibilità, trasformandosi in un vincolo che impedisce un’eventuale rimozione dello *status*. Stabilità dello *status* che potrebbe non tutelare il figlio qualora il padre recogniscente, venuto a conoscenza della “falsità” del riconoscimento, non sia idoneo a gestire responsabilmente ed adeguatamente il rapporto di filiazione. In queste ipotesi la rimozione dello *status* con la previsione dell’adempimento del padre “sociale” di doveri di mantenimento del minore assimilabili a quelli *ex art.* 279 c.c. potrebbe non collidere, ma coincidere con l’interesse concreto anche del figlio. In questa prospettiva, il diritto a conoscere le proprie origini e ad accedere alla propria storia parentale rappresenta uno degli aspetti della personalità che possono arricchire la vita relazionale del figlio.

A tal proposito, la Consulta nelle sentenze nn. 31 e 7 rispettivamente del 23 febbraio 2012 e 23 gennaio 2013, sugli artt. 569 e 566 c.p., ha dichiarato illegittimi costituzionalmente tali disposizioni nella parte nella quale prevedevano la decadenza della potestà genitoriale (ora responsabilità genitoriale) quale conseguenza automatica della condanna per il reato di soppressione o di alterazione di stato. Il Giudice delle leggi ha affermato che la decadenza non può conseguire automaticamente, ma deve essere valutata nel caso concreto ed in relazione al preminente interesse del figlio minore di età. Tali decisioni, nel solco dei principi statuiti dalle fonti sovranazionali, richiedono la valutazione in concreto dell’interesse del minore per consentire eventualmente l’eliminazione del precedente e l’acquisizione del diverso *status* di figlio.

Modifiche sono state apportate all’azione di reclamo e di contestazione.

L’art. 239 c.c., sostituito ad opera dell’art. 14, comma 1°, d.lgs. n. 154/13, disciplina l’azione di reclamo dello stato di figlio. L’azione di accertamento positivo della titolarità di uno *status* conforme al dato biologico della procreazione, sostituisce quella di reclamo di legittimità.

L’ambito di applicazione della disposizione in esame risulta rivisitato, per un verso, nella elencazione esemplificativa⁵⁶ dei casi e, per altro verso, nella eliminazione del riferimento all’azione di contestazione. Nella formulazione previgente l’articolo era rubricato “*Supposizione di parto o sostituzione di neonato*”, ora “*Reclamo dello stato di figlio*” e sembra introdurre una dicotomia tra ambito di applicazione del reclamo e quello dell’azione di contestazione. Al primo comma dell’art. 239 c.c. è stato eliminato l’inciso “ancorché vi sia un atto di nascita conforme al possesso di stato” in ragione del novellato articolo 238

⁵⁶ CIRAIOLO, C.: “Contestazione e reclamo dello stato di figlio”, in *Filiazione. Commento al decreto attuativo* (a cura di M. BIANCA), Giuffrè, Milano, 2014, p. 68.

c.c. Nel medesimo comma non si fa più riferimento alla ammissibilità della prova per testimoni. Con la riforma sembrano dover essere eliminati i diversi regimi delle prove nelle azioni di stato, consentendo l'accertamento della nascita con ogni mezzo (come già l'art. 452 c.c. ora anche artt. 241, 243 *bis*, 269, comma 2°, c.c.).

L'elencazione non tassativa dei casi ammessi all'azione di reclamo risulta ampliata. Tuttavia, si tratta di ipotesi già azionabili con la previgente azione di reclamo di legittimità. Oltre alle ipotesi di supposizione di parto e sostituzione di neonato, si è ammessi all'azione quando: 1) il nato nel matrimonio sia stato iscritto come nato da ignoti, salvo l'intervento della sentenza di adozione; 2) per confutare le risultanze dell'atto di nascita da chi fu iscritto in contrasto con la presunzione di paternità o da chi fu iscritto in conformità di altra presunzione di paternità⁵⁷. L'azione è esperibile in tutte le ipotesi nelle quali non vi sia l'atto di nascita o si sia provveduto all'eliminazione dello *status* di figlio risultante dall'atto di nascita⁵⁸. Legittimato attivo è stato ritenuto, come nella previgente disciplina, il figlio⁵⁹.

L'azione di reclamo è imprescrittibile. Imprescrittibilità che, se si ritiene

⁵⁷ L'ampliamento della presunzione di paternità al nato in costanza di matrimonio (art. 231 c.c.) può determinare un'ulteriore ipotesi di reclamo per violazione del divieto di nuove nozze stabilito dall'art. 89 c.c. Il nato potrebbe essere iscritto in virtù della presunzione di paternità del primo o del secondo marito, in contrasto con la verità biologica del concepimento. Analoga situazione di concorso di presunzioni si può verificare nel caso di bigamia. La invalidità del secondo matrimonio non inficia lo *status* di figlio. Questo ultimo può reclamare lo *status* conforme al dato biologico della procreazione.

⁵⁸ Rimozione che può avvenire previo esercizio dell'azione di contestazione o delle altre azioni di accertamento giudiziale di uno stato diverso da quello risultante falsamente dall'atto di nascita. Tali ipotesi si distinguono da quelle nelle quali non vi sia un atto di nascita ed il possesso di stato dalle altre, nelle quali, anche se vi sono (atto di nascita e conforme possesso di stato) vi è deroga all'irreclamabilità di uno *status* diverso in base al combinato disposto degli artt. 238 e 239 c.c. In tutte le ipotesi ammesse, la prova della filiazione per reclamare uno *status* conforme al dato genetico può essere data con "ogni mezzo" (art. 241 c.c.).

⁵⁹ L'attuale formulazione dell'art. 249 c.c. non ha risolto la questione della legittimazione attiva dei genitori. Secondo un orientamento, pur tacendo la norma, l'azione di reclamo può essere promossa *nomine proprio* dai genitori "in quanto tale accertamento risponde al loro diritto allo stato di genitori": così BIANCA, C. M.: *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 380. Tale tesi troverebbe nuovi argomenti nella novellata disciplina: così CIRAOLO, C.: "Contestazione e reclamo dello stato di figlio", cit., pp. 75 e ss. Nel terzo comma dell'articolo in esame la disposizione include tra i legittimati passivi i minori. Di qui si desume che tra i minori, oltre quelli autorizzati a contrarre matrimonio *ex art.* 84 c.c. che possono essere genitori, si ascrivono anche i figli "minori". Quindi, si avrebbe una conferma indiretta della legittimazione dei presunti genitori a proporre l'azione. Diversamente, vi è chi ritiene che la legittimazione è riservata al figlio dal primo comma dell'art. 249 c.c. e non spetta ai genitori: così ROSETTI, R.: "Azione di Reclamo dello stato di figlio", in *Modifiche al codice civile e alle leggi speciali in materia di filiazione*, ESI, Napoli, 2014, pp. 29 e ss.

legittimato attivo esclusivamente il figlio, conferma la previsione dettata per tutte le azioni intese ad eliminare le risultanze dell'atto di nascita⁶⁰.

Il decreto n. 154 del 2013 è intervenuto anche sulla disciplina dell'azione di contestazione, non più espressamente rivolta alla filiazione nata nel matrimonio. L'azione è contemplata negli artt. 240 e 248 c.c.; il primo definisce i casi ammessi, il secondo delinea la disciplina processuale.

In attuazione della introduzione dello stato unico di figlio (*ex art. 315 c.c.*), l'azione ha un ambito di applicazione per taluni aspetti che sembra essere più ampio e per altri più ristretto rispetto alla previgente disciplina. Il legislatore ha inteso attribuire al figlio in tutte le azioni di stato il "diritto di esercitare ... (le azioni) senza limiti, in ossequio al principio del *favor veritatis*. Infatti, qualora sia egli stesso a proporre l'azione e a valutare i contrapposti interessi, ... non appare conforme alla tutela dell'interesse del figlio imporre limiti temporali per l'azione, ovvero condizioni o decadenze, non essendovi ragioni superiori da tutelare ..."⁶¹. La scelta del legislatore è quella di riservare al figlio, senza limiti di tempo, il diritto di proporre tutte le azioni per rimuovere lo *status* non conforme a verità, limitando tale facoltà per gli altri "interessati". Pertanto, l'azione di reclamo riservata al figlio, contempla casi non esperibili con l'azione di contestazione esercitabile da chiunque vi abbia interesse.

L'articolo 240 c.c., sull'azione di contestazione, richiama esclusivamente i primi due commi dell'art. 239 c.c. sull'azione di reclamo. Il testo previgente non conteneva un'elencazione dei casi nei quali l'azione era esperibile. Con inversione di tendenza, l'attuale art. 240 c.c. indica i casi ammessi che sono: 1) quelli di supposizione di parto e sostituzione di neonato nei quali la donna indicata come madre nell'atto di nascita non ha partorito⁶² chi risulta figlio; 2) quello di chi è nato nel matrimonio ma fu iscritto come figlio di ignoti, salvo sia intervenuta sentenza di adozione.

È esclusa l'esperibilità dell'azione nelle altre ipotesi nelle quali è ammessa l'azione di reclamo ad opera del figlio. Il legislatore sembra aver voluto distinguere la portata delle due azioni. La linea di demarcazione è dettata dal *favor minoris* che pervade tutta la riforma. Al figlio, in ragione della posizione privilegiata attribuitagli, si garantisce la facoltà di rimuovere uno *status* non

⁶⁰ Problemi si pongono per giustificare l'imprescrittibilità dell'azione se si ritengono legittimati attivi anche i genitori, i quali nelle altre azioni di stato, ad esclusione di quella di contestazione, devono osservare termini decadenziali e di improponibilità dell'azione.

⁶¹ Così si spiega l'imprescrittibilità per le azioni di stato dettata per il figlio nella Relazione illustrativa del decreto legislativo n. 154 del 2013.

⁶² Nell'ordinamento si è ritenuto che madre è colei che ha partorito il figlio (arg. *ex art. 269*, comma 3°, c.c.; Trib. Roma, 30 aprile 1956, cit. e Trib. Cremona, 17 febbraio 1994, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1576).

conforme alla procreazione e di “valutare i contrapposti interessi non appare(ndo) conforme alla (sua) tutela ... imporre limiti temporali per l’azione, ovvero condizioni o decadenze, non essendovi ragioni superiori da tutelare ...”⁶³. La soluzione indicata dal legislatore non è sembrata essere *in toto* in linea con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e con l’art. 6, comma 1°, lett. a) della Convenzione europea sull’esercizio dei diritti dei fanciulli⁶⁴. Per la sua rigidità la disciplina non consente di considerare i fattori e le diverse circostanze del caso concreto, quali la natura del rapporto affettivo, la sua durata, i suoi effetti psico-fisici, il sesso, l’età e lo stato di salute del figlio, dei genitori ed anche i rapporti parentali instaurati. Tuttavia, si è ritenuto che gli interessi coinvolti nelle azioni di stato non possono essere valutati esclusivamente dal figlio⁶⁵. Il loro bilanciamento deve tendere alla verifica di compatibilità e di prevalenza nel concreto rapporto di filiazione.

Come in precedenza, l’azione di contestazione è imprescrittibile. Legittimati ad esercitarla sono, oltre ai genitori ed al figlio, chiunque vi abbia interesse. L’interesse può essere morale o materiale e deve essere apprezzabile ed attuale⁶⁶.

⁶³ Così la Relazione illustrativa del decreto legislativo in esame.

⁶⁴ Articolo 6: “Nei procedimenti che riguardano un minore, l’autorità giudiziaria, prima di giungere a qualunque decisione, deve: a) esaminare se dispone di informazioni sufficienti ad fine di prendere una decisione nell’interesse superiore del minore e, se necessario, ottenere informazioni supplementari, in particolare da parte dei detentori delle responsabilità genitoriali”.

⁶⁵ Sul punto sia consentito il rinvio a CHIAPPETTA, G.: “Gli status personae e familiae nella giurisprudenza delle corti sovranazionali”, cit., e ID.: “La nuova disciplina delle azioni di stato”, cit. La disciplina all’esame è ritenuta di sospetta illegittimità costituzionale censurabile per l’eccessiva “rigidità”, che non consente di considerare i fattori e le diverse circostanze del caso concreto, quali la natura del rapporto affettivo, la sua durata, i suoi effetti psico-fisici, il sesso, l’età e lo stato di salute del figlio, dei genitori ed anche i rapporti parentali instaurati. La disposizione dell’art. 6, comma 1°, lett. a) della Convenzione europea sull’esercizio dei diritti dei fanciulli ritenuta autoapplicativa (anche alla luce delle sentenze della Corte Costituzionale – 30 gennaio 200 n. 1, 23 febbraio 2012 n. 31 e del 23 febbraio 2013 – e delle sentenze della Corte di Strasburgo) è relativa al ruolo dell’autorità giudiziaria, la quale nella formazione della decisione “atipica” in materia ha il dovere preliminare di accertarsi della completezza delle informazioni in suo possesso. Dunque, nei procedimenti riguardanti i rapporti familiari, al fine di offrire una tutela particolare all’interesse della persona “vulnerabile”, il giudice deve accertare la reale situazione con ogni strumento utile per adottare una decisione che in concreto operi un bilanciamento degli interessi delle parti. Bilanciamento escluso a priori sia nell’ipotesi di “improponibilità” dell’azione per scadenza del termine dei cinque anni, sia nella previsione della imprescrittibilità dell’azione per il figlio. Non può ritenersi adeguata la ragione che “considera prevalente l’interesse alla stabilità del rapporto” ove la ricerca della verità sulle origini è preclusa senza alcun temperamento a garanzia e tutela di tutti gli interessi coinvolti.

⁶⁶ Non si ritengono legittimati i genitori “genetici” nel caso di *status filiationis* accertato in base al fatto naturale del parto: Trib. Roma, 8 agosto 2014, cit. In passato si era dubitato della legittimazione del Pubblico ministero. Il richiamo agli artt. 244, comma 6°, e 245, comma 2, c.c. ha risolto positivamente la questione. Espressamente la disposizione

Come su accennato, nella disciplina delle azioni di stato novellata sembra ritornare la dimensione asimmetrica e verticale dei rapporti genitori-figli con posizioni invertite. Il figlio *tout court* gode di una tutela privilegiata, dotata di una intensità particolare senza alcun riferimento all'età, alla condizione di *deficit* psico-fisico o psico-sociale, alla sua "vulnerabilità" nella famiglia e, quindi, alla sua reale esigenza di protezione rafforzata⁶⁷.

IV. LE DIVERSE DECLINAZIONI DEL PRINCIPIO DEL *FAVOR VERITATIS*. FILIAZIONE "ASSISTITA" ED IL PROBLEMA DELLA CONOSCENZA DELLE PROPRIE ORIGINI E DELLA CREAZIONE DI RAPPORTI DI "GENITORIALITÀ NATURALE" SECONDO LA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI SUPERIORI E SOVRANAZIONALI.

Il *favor veritatis* introdotto nel riformato art. 28 della legge sulle adozioni (l. n. 184 del 4 maggio 1983), diversamente dall'ambito della filiazione c.d. biologica, non tendeva ad attribuire ai genitori di sangue alcuna forma di genitorialità. La ricerca della verità si è tradotta "in una meritevole esigenza di conoscenza da parte dell'adottato della sua condizione, delle sue radici biologiche e, al contempo, in un prezioso strumento di tutela del suo diritto

richiamata nell'ultimo comma dell'articolo in esame ammette il pubblico ministero all'azione quando è nell'interesse del figlio di età inferiore agli anni 14. Non è ammesso all'azione il padre naturale.

⁶⁷ La Corte di Strasburgo, a partire dal caso *Thlimmenos c. Grecia* (ricorso n. 34369/97), sentenza del 6 aprile 2000, ha affermato che la Convenzione è violata non soltanto quando lo Stato aderente, senza fornire giustificazioni oggettive e ragionevoli, tratta diversamente persone che si trovano in situazioni analoghe, ma anche "quando, senza giustificazione obiettiva e ragionevole, applicano un trattamento differente a persone in situazioni differente". La Corte ha messo in luce che "objectifs fondamentaux de la Convention dont l'essencememe est le respect de la dignite et de la liberte humaines" (*S.W. c. Regno Unito e C.R. c. Regno Unito*, del 22 novembre 1995). Per la Corte è necessario effettuare un bilanciamento dei diversi principi ed interessi. La valutazione è relativa e dipende da diversi fattori e circostanze concrete. È necessario prendere in considerazione i diversi fattori quali la natura del rapporto affettivo, la sua durata, i suoi effetti psico-fisici, il sesso, l'età e lo stato di salute del figlio, dei genitori ed anche i rapporti parentali instaurati. I giudici di Strasburgo hanno riconosciuto, non al figlio in quanto tale, ma a "Les enfrants et autres personnes vulnérables, en particulier, ont droit à la protection de l'Etat, sous la forme d'une prévention efficace, les mettant à l'abri de formes aussi graves d'attente à l'intégrité de la personne" (*A. c. Regno Unito*, 23 settembre 1998). Analogamente, la Suprema corte (nel procedimento volto alla dichiarazione dello stato di abbandono e di adottabilità *ex artt. 1 e 8*, l. n. 184 del 1983) ha messo in luce la necessità di non considerare in astratto l'interesse del minore, "ma di collegarlo anche in funzione di bilanciamento con quello dei genitori a conservare il legame filiale ove tale scelta non determini danni irreversibili nello sviluppo psicofisico del minore medesimo"; v. Cass. 22 novembre 2013, n. 26204; Cass. 10 luglio 2014, n. 15861.

alla salute”⁶⁸. L’adottato al compimento del venticinquesimo anno di età può ricevere le informazioni relative ai genitori biologici. Può farlo anche raggiunta la maggiore età, se sussistono gravi e comprovati motivi alla sua salute psicofisica. In ogni caso, è necessaria l’autorizzazione dell’autorità competente. Tuttavia, la disposizione nella sua prima formulazione, ora modificata, contemplava tre ipotesi nelle quali prevaleva l’esigenza di anonimato dei genitori di sangue. La prima riguardava l’adottato non riconosciuto alla nascita dalla madre “naturale”. La seconda prevedeva l’ipotesi nella quale anche uno dei genitori biologici aveva dichiarato di non voler essere nominato. Infine, l’ultima ipotesi che al pari delle altre ha suscitato perplessità, contemplava il consenso del genitore all’adozione condizionato alla garanzia della segretezza⁶⁹. L’art. 177, comma 2° del d. lgs. 30 giugno 2003 n.196 - *Codice in materia di protezione dei dati personali* - ha modificato nuovamente il comma 7° dell’art. 28 della l. n. 184 del 1983. L’articolo restringe il divieto di accesso dell’adottato alle informazioni sulle origini, prima contemplato per entrambi i genitori biologici, al solo caso nel quale la madre ha manifestato la volontà di non essere nominata nella dichiarazione di nascita ai sensi dell’art. 30, comma 1° del D.P.R. 3 novembre 2000 n. 396⁷⁰. Tale previsione è stata oggetto di recenti interventi giurisprudenziali.

La Consulta, con la sentenza del 22 novembre 2013, n. 278⁷¹, proprio in relazione all’adozione di minori di età, ha introdotto la dicotomia “genitorialità giuridica” e “genitorialità naturale”. Con tale sentenza la Corte è

⁶⁸ Così, PANE, R.: “Favor veritatis e diritto dell’adottato di conoscere le proprie origini nella recente riforma delle adozioni”, in *Studi in memoria di V. Cantelmo* (a cura di R. FAVALE e B. MARUCCI), ESI, Napoli, 2003, vol. 2, p. 308; e in *Rass. dir. civ.*, 2003, pp. 240 e ss.

⁶⁹ Per una critica delle ipotesi di garanzia dell’anonimato contemplate nella prima versione dell’art. 28, c. 7, l. adozioni, si v., PANE, R.: op. cit., p. 310 e ss.

⁷⁰ L’art. 28, co.7, è stato oggetto di verifica della legittimità costituzionale in relazione alla presunta irragionevolezza nella parte in cui esclude la possibilità di autorizzare l’adottato all’accesso alle informazioni sulle origini senza avere previamente verificato la persistente volontà della madre biologica di non volere essere nominata. La Corte, in relazione alla questione di legittimità costituzionale in riferimento agli art. 2, 3 e 32 Cost., nel 2005 aveva dichiarato non fondata la questione. In tal senso, Corte cost. 25 novembre 2005 n. 425.

⁷¹ Corte cost. del 22 novembre 2013, n. 278, richiamata nella successiva sentenza del 10 giugno 2014, n. 162 con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale del divieto di ricorso alle tecniche di P.M.A. di tipo eterologo, contemplato nell’art. 4, comma 3°, della l. del 19 febbraio 2004, n. 40. Il Trib. Min. di Trieste, con decreto del 24 settembre 2014, ha “ritenuto che, nelle more di un intervento legislativo che dettagli, come indicato dalla suddetta sentenza della Corte Cost., le modalità di identificazione della madre biologica e di raccolta del suo eventuale consenso, sussista per questo Tribunale l’obbligo – in forza della sentenza stessa della Corte Cost. la quale ha recepito l’orientamento già espresso in materia dalla Corte Europea dei Diritti dell’uomo anche nei confronti dello Stato Italiano con propria sentenza del 25/9/2012 – di provvedere a tale identificazione, al fine di consentire alla madre biologica di essere messa al corrente del ricorso e di eventualmente esercitare la sua facoltà di rimuovere il segreto sulla propria identità che aveva inteso apporre successivamente al parto”.

tornata sul tema del diritto del figlio adottato a conoscere le proprie origini, risolvendo la questione del bilanciamento tra tale diritto e quello della madre a rimanere anonima. La sentenza, additiva di principio, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, comma 7°, della l. del 4 maggio 1983 n. 184, nella parte di tale articolo che non prevede un procedimento giurisdizionale per interpellare la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata, su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione. È in discussione in Parlamento la legge sulla "reversibilità del segreto". Il testo⁷², approvato dalla camera il 18 giugno 2015, è finalizzato ad ampliare la possibilità del figlio adottato o non riconosciuto alla nascita di conoscere le proprie origini biologiche e prevede l'introduzione di una nuova disposizione nella legge sull'adozione che disciplina il procedimento di interpello della madre, per verificare il permanere della sua volontà di anonimato; ove la madre confermi di volere mantenere l'anonimato, il tribunale per i minorenni autorizza l'accesso alle sole informazioni di carattere sanitario, riguardanti le anamnesi familiari, fisiologiche e patologiche, con particolare riferimento all'eventuale presenza di patologie ereditarie trasmissibili.

In relazione al c.d. parto anonimo della donna (anche coniugata *ex art.* 30, comma 1°, D.P.R. n. 396 del 2000)⁷³, la Consulta ha affermato che "una scelta per l'anonimato che comporti una rinuncia irreversibile alla "genitorialità giuridica" può, invece, ragionevolmente non implicare anche una definitiva e irreversibile rinuncia alla "genitorialità naturale": ove così fosse, d'altra parte, risulterebbe introdotto nel sistema una sorta di divieto destinato a precludere in radice qualsiasi possibilità di reciproca relazione di fatto tra madre e figlio, con esiti difficilmente compatibili con l'art. 2 cost.⁷⁴. In altri termini, mentre la scelta per l'anonimato legittimamente impedisce

⁷² Il testo unificato delle proposte di legge C. 784 e abbinata è reperibile sul sito http://www.camera.it/leg17/522?tema=diritto_alle_proprie_origini_biologiche.

⁷³ L'art. 30, comma 1°, del 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".

⁷⁴ La Corte, con la sentenza n. 425 del 2005, cit., si era già pronunciata sul tema dichiarando non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata sull'art. 28, comma 7°, della legge n. 184 del 1983. Analogamente alla recente sentenza additiva, la pronuncia del 2005 era stata preceduta da una sentenza della Corte EDU, caso *Odièvre c. Francia* (ricorso n. 42326/98), del 13 febbraio 2003, ma in quell'occasione la Corte non aveva ritenuto di aprirsi alle sollecitazioni provenienti dalla Corte sovranazionale. La Corte di Strasburgo, infatti, aveva affermato che nel caso di specie la legge francese non si poneva in contrasto con l'art. 8 CEDU solo perché tale legge prevede la possibilità per la madre di rimuovere il segreto e contempera così le esigenze della madre e del figlio. Vale la pena osservare, tuttavia, che è solo nel 2007, con le note sentenze n. 348 e 349, che il giudice costituzionale ha aperto l'ordinamento interno al rispetto degli obblighi internazionali, così come previsto dall'art. 117, comma primo, cost., ed, in particolare, di quelli provenienti dalla CEDU e che nel 2005 il giudice *a quo* non aveva impugnato la disposizione per violazione indiretta dell'art. 117, primo comma, cost.

l'insorgenza di una "genitorialità giuridica" ... non appare ragionevole che quella scelta risulti necessariamente e definitivamente preclusiva anche sul versante dei rapporti relativi alla "genitorialità naturale": potendosi quella scelta riguardare, sul piano di quest'ultima, come opzione eventualmente revocabile (in seguito alla iniziativa del figlio), proprio perché corrispondente alle motivazioni per le quali essa è stata compiuta e può essere mantenuta".

La decisione della Consulta, che segue quella della Corte EDU *Godelli c. Italia*⁷⁵, mette in luce la necessità, da un lato, di non precludere la reciproca relazione di fatto tra genitore genetico e figlio, relazione non tesa ad attribuire al primo "la genitorialità legale" (*rectius*, lo *status filiationis* conforme al dato biologico) e, dall'altro, di introdurre forme di adozione "miti" che, in relazione all'interesse superiore del bambino ed al fine di tutelare la posizione di "vulnerabilità" del genitore biologico, possano evitare la rottura dei legami familiari⁷⁶.

⁷⁵ Corte EDU, 25 settembre 2012, ricorso n. 33783/09, in www.echr.coe.int, commento di CERASE, M.: "Il parto in anonimato al vaglio della Corte europea dei diritti: una condanna davvero convincente?", in www.rivistaaic.it, 4/2012, e BUTTURINI, D.: "La pretesa a conoscere le proprie origini come espressione del diritto al rispetto della vita privata", in www.forumcostituzionale.it, 24 ottobre 2012.

⁷⁶ Introduzioni di forme diverse dalla c.d. adozione piena (disposta ex art. 27 della l. n. 184 del 1983) non soltanto per dare attuazione all'art. 11 della Convenzione europea sull'adozione dei minori del 1967 e revisionata nel 2008 (già dalla Corte considerata diritto pertinente nelle decisioni della Corte di Strasburgo) ed alla sentenza *Zhou c. Italia* del 21 gennaio 2014, ma per tutelare il diritto "inviolabile" del figlio all'identità personale inteso non solo come diritto ad una corretta rappresentazione di sé, ma anche come "diritto di conoscere le proprie origini".

In passato per creare forme di "adozioni miti" si è fatto ricorso all'art. 44, co. 1°, lett. d) l. 4 maggio 1983, n. 184. Sull'adozione ex art. 44, comma 1°, lett. d) della legge n. 184/1983 v., Trib. min. Roma, sent. 30 luglio 2014, n. 299, reperibile sul sito www.dirittoegiustizia.it, che ha disposto l'adozione a favore della convivente della madre dell'adottando, conviventi del medesimo sesso. Tale soluzione muove dall'inequivoco dato letterale dell'art. 44 che non discrimina tra coppie conviventi eterosessuali o omosessuali e dalla decisione della Corte di Strasburgo, caso *X e altri c. Austria*, ricorso n. 19010/07, sentenza della Grande Camera del 19 febbraio 2013. Quest'ultima, confrontando la situazione della coppia omosessuale ricorrente con quella di una coppia eterosessuale non sposata nella quale uno dei partner avesse voluto adottare il figlio dell'altro, ha dichiarato che vi è stata violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8. Sul punto v., Trib. Min. Bologna, ordinanza del 10 novembre 2014, n. 4701, reperibile sul sito www.ilcaso.it, che ha ritenuto "rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 35, 36 della legge 184/1983 nella parte in cui ... non consentono al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore adottato (all'estero), il riconoscimento della sentenza straniera che abbia pronunciato la sua adozione in favore del coniuge (omosessuale) del genitore, a prescindere dal fatto che il matrimonio stesso abbia prodotto effetti in Italia (come per la fattispecie del matrimonio tra persone dello stesso sesso). Le disposizioni impugnate sono sospettate di incostituzionalità per violazione degli artt. 2, 3, 30 e 117 della Carta Costituzionale; quanto all'art. 117 cit., sub specie di violazione dell'art. 8 Cedu come norma interposta, in particolare perché il rifiuto di concedere il riconoscimento della sentenza straniera di adozione, senza avere previamente

Siffatta accezione diversa del *favor veritatis*, non necessariamente connessa al riconoscimento di uno *status* familiare o di filiazione, spiega la ragione stessa dell'esistenza e del modo di essere di ogni uomo. In tal modo, sembra delinearsi un diritto esistenziale, indisponibile e potestativo del figlio, quello che lo legittima a conoscere le proprie origini biologiche, quale momento formativo della sua personalità e dignità umana⁷⁷. È questa un'idea meritevole di riflessioni e studio anche in vista di quanto accade con le varie tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo o di maternità portante o surrogata.

Le specifiche disposizioni dettate per l'attribuzione dello *status filiationis* del nato mediante le tecniche di procreazione assistita di tipo eterologo⁷⁸ prevedono che il suo stato giuridico è regolato dalla l. n. 40/2004 che, nell'individuazione della maternità e della paternità, dà rilievo alla volontarietà del comportamento della coppia richiedente (coniugata o convivente). Sí che coloro che hanno dato un consenso informato alla procedura sono i genitori dei nati. A séguito dell'applicazione di tali tecniche il figlio acquista lo *status* di nato nel matrimonio o riconosciuto secondo che la coppia che vi ricorre sia coniugata o convivente (8 l. cit.). Il donatore dei gameti non acquista alcuna relazione parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi (9³). Non è ammessa l'azione di disconoscimento della paternità, né quella dell'impugnazione *ex art.* 263, rispettivamente per il coniuge o il convivente che hanno dato il consenso al ricorso alle dette tecniche (9). La madre del nato non può rimanere anonima

potuto valutare in concreto la sussistenza del superiore interesse del minore, è una palese violazione delle disposizioni contenute nella stessa Cedu". Il giudicante afferma altresì che, ai sensi dell'art. 3, comma 1°, della Convenzione sui diritti del fanciullo, approvata dall'assemblea generale delle Nazioni Unite a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con la l. n. 176, del 27 maggio 1991, dell'art. 6, comma 1°, lett. a) della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva con legge 20 marzo 2003, n. 77 e dell'art. 24, comma 2°, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, "nell'ordinamento internazionale è principio acquisito che in ogni atto comunque riguardante un minore deve tenersi presente il suo interesse, considerato preminente. Sono, dunque, da escludere quegli automatismi che elidono la responsabilità genitoriale senza consentire al giudice di verificare in che modo debba essere presidiato l'interesse del fanciullo (sul punto, ad es., cfr. Corte Costituzionale, 23 febbraio 2012 n. 31). Ne consegue che, diversamente ragionando, si perviene ad un risultato contrario al principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.) e al diritto fondamentale del fanciullo a una famiglia (artt. 2, 30, 31 Cost.)".

⁷⁷ Il diritto di conoscere le proprie origini era già stato sostenuto, PERLINGIERI, P.: "Riflessione sull'inseminazione artificiale e sulla manipolazione genetica", in *Iustitia*, 1988, pp. 93 e ss. *Contra*, per l'anonimato, D'ADDINO SERRAVALLE, P.: "L'individuazione del padre e della madre in riferimento all'inseminazione artificiale eterologa", in *Rass. Dir. Civ.*, 1987, pp. 611 e 612.

⁷⁸ A séguito della sentenza n. 162/14 della Consulta, in linea con la giurisprudenza della CEDU, si è dichiarato costituzionalmente illegittimo il divieto di P.M.A. di tipo eterologo (43 l. n. 40/2004).

(9²): L'art. 30¹ ord.st.civ., relativo alle persone tenute a dichiarare la nascita del figlio, stabilisce che deve essere rispettata l'eventuale volontà della madre di non essere nominata⁷⁹. La precisazione risulta inutile se riferita alla denuncia di nascita di figlio nato fuori del matrimonio, essendo in tale ipotesi garantito il rispetto della volontà della madre dalla regola (rimasta immutata) che impone all'ufficiale di stato civile di enunciare nell'atto di nascita esclusivamente le generalità del genitore dichiarante o che consente di esser nominato. La disposizione è in realtà dettata per la denuncia di nascita di filiazione nata nel matrimonio, e impedisce che essa possa avvenire, come in passato, senza rispettare la volontà della madre di non essere nominata⁸⁰. Se è lecito per la donna sposata impedire la denuncia del proprio figlio come nato nel matrimonio, senza dubbio essa è autorizzata a riconoscerlo immediatamente come figlio nato fuori del matrimonio (salvo incorrere nel reato di falso in atto pubblico: 463 c.p., o in quello ancor più grave di alterazione di stato: 567²c.p., qualora risultasse la condizione di figlio nato nel matrimonio). Pertanto l'accertamento della filiazione nel matrimonio è automatico soltanto per il padre, mentre la madre deve sempre acconsentire ad essere indicata nell'atto di nascita⁸¹. Tuttavia, la madre del nato, a séguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita, non può dichiarare la volontà di non essere nominata (9³l. n. 40/2004).

Giova ricordare che la Consulta⁸² ha ampliato il concetto di *favor veritatis* connesso non necessariamente all'attribuzione dello *status* familiare o di filiazione, ma quale momento formativo dell'identità personale, distinguendo tra "genitorialità giuridica" e "genitorialità naturale". In relazione all'adozione di minori di età, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 28⁷ l. ad., che non prevede, per il figlio, un procedimento giurisdizionale per interpellare la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata ai fini

⁷⁹ La norma mira, evidentemente, a tutelare la gestante che abbia deciso di non tenere con sé il bambino, offrendole la possibilità di partorire in una struttura sanitaria appropriata e di mantenere al contempo l'anonimato nella conseguente dichiarazione di nascita: in tal senso, Ccost. 425/05. V. anche Ccost. 278/13 e CEDU 25.9.12 Godelli c. Italia

⁸⁰ Ha negato la sussistenza di un diritto assoluto all'anonimato della madre, consentendo al figlio di conoscere l'identità della stessa TarMarche 7.3.02n.215; in senso diverso, TarVeneto 17.1.03 n.511. Sulla questione è intervenuta anche Ccost. 425/05, che ha reputato la scelta legislativa di tutelare l'anonimato della madre senza alcun tipo di restrizione "espressione di una ragionevole valutazione comparativa dei diritti inviolabili dei soggetti della vicenda". In parte diversa la posizione di CEDU13.1.03 Odièvre c. Francia, che ha escluso la violazione dell'art. 8C.E.D.U. da parte della legge francese che, pur conservando l'istituto del parto anonimo, introduce taluni strumentiche, in funzione del diritto di ognuno alla propria storia, sono diretti a rimuovere il segreto.

⁸¹ Ccost. 171/94 ha statuito che "qualunque donna partoriente, ancorché da elementi informali risulti trattarsi di coniugata, può dichiarare di non voler esser enominata nell'atto dinascita".

⁸² Ccost. 278/13.CEDU 25.9.12. Godelli c. Italia.

di una eventuale revoca di tale dichiarazione⁸³. La reversibilità dell'anonimato renderebbe possibile instaurare una "genitorialità naturale" intesa quale reciproca relazione di fatto tra madre e figlio.

Nel dibattito formatosi attorno alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (P.M.A.) ed all'adozione legittimante si registra una crescente considerazione del *favor veritatis* che, secondo l'ormai consolidato orientamento della Corte costituzionale⁸⁴, si traduce nella esigenza di garantire ai nati il diritto alla propria identità con la conoscenza delle origini genetiche. La Consulta, richiamando il precedente sulle adozioni di minori di età, ha affermato che anche ai nati mediante le tecniche di procreazione assistita di tipo eterologo dovrà essere garantito il diritto alla reversibilità del segreto del come e da chi si è stati generati⁸⁵.

In giurisprudenza si è ammesso l'accertamento tecnico preventivo (prova ematologica su campioni del presunto padre deceduto e cremato) prima della nascita del figlio per l'esperimento dell'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità dopo nascita⁸⁶.

La legge 19 febbraio 2004 n. 40 vietava il ricorso alle tecniche di tipo eterologo ed ancora vieta la surrogazione di maternità. La legge sanciva l'illiceità degli accordi in materia di tecniche di riproduzione medicalmente assistite nelle forme eterologhe, che presuppongono la concessione a vantaggio altrui (i genitori c.d. sociali del nascituro) di una parte del corpo (gamete) di un terzo (donatore e/o donatrice) e quelli sulla c.d. locazione d'utero⁸⁷. Il divieto, previsto per il ricorso a tali tecniche di tipo eterologo, aveva quale conseguenza l'anonimato del donatore/trice ed il riconoscimento dello *status* di figlio dei "genitori sociali" (art. 4). L'art. 9, n. 3, prevede che "il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti diritti né essere titolare di obblighi". È statuito altresì che la madre del nato non può rimanere anonima (art. 9, n.

⁸³ È in discussione in Parlamento la legge sulla "reversibilità del segreto". Il testo, approvato dalla camera il 18 giugno 2015, è finalizzato ad ampliare la possibilità del figlio adottato o non riconosciuto alla nascita di conoscere le proprie origini biologiche.

⁸⁴ Ccost. 278/13.

⁸⁵ Ccost. 162/14.

⁸⁶ T Milano 31.5.16.

⁸⁷ Così già TRABUCCHI, A.: "Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista", in *Riv. dir. civ.*, 1986, p. 503. Cfr. Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, c. 295, prima pronuncia italiana su un caso di maternità surrogata che ha dichiarato illeciti perché contrari ai principi di ordine pubblico, gli accordi tra una coppia e una donna la quale si obbligava dietro corrispettivo e generare il bambino, attribuendo alla partoriente la maternità. La controversia nasceva dal fatto che dopo la nascita del bambino la partoriente decideva di tenere con sé il nato, violando gli accordi contrattuali.

2)⁸⁸. Per quanto attiene all'ipotesi di maternità surrogata, alla violazione del divieto consegue la comminazione di sanzioni penali.

Le tecniche di P.M.A. di tipo eterologo consentono la dissociazione tra il dato naturale della procreazione e l'attribuzione dello *status filiationis*. La c.d. maternità surrogata può dare autonomo rilievo alla gestazione, al legame genetico, al progetto di genitorialità e consente di individuare diversi criteri per l'attribuzione della maternità tra le tre funzioni (volontà, apporto genetico, gravidanza). In giurisprudenza si è dato rilievo anche al dato genetico, osservando che “la madre genetica svolge un ruolo insostituibile rispetto all'identità del nato mentre la madre gestante ha una funzione accessoria e come tale “intercambiabile” potendo ... essere sostituita in un futuro che non pare lontano da dispositivi tecnologici”⁸⁹. In assenza di una espressa disposizione sulla maternità surrogata realizzata all'estero⁹⁰, essa è

⁸⁸ Il problema della procreazione artificiale ruota intorno al polo unificante del diritto alla salute, intendendo quest'ultimo non come assenza di malattia, ma come benessere psico-fisico, sul punto BUSNELLI, F. D. e BRECCIA, U.: “Tutela della salute e diritto privato”, in *Diritto e problemi contemporanei*, Giuffrè, Milano, II, 1978. In questo sistema, della c.d. medicalizzazione del benessere, la riflessione giuridica deve procedere molto cauta. E' necessario conciliare l'esigenza della coppia sterile e della scienza, nel rispetto dei diritti naturali e sociali quali e soprattutto la dignità umana e la persona del concepito. Ciò richiede un'umanizzazione delle scoperte scientifiche che devono proporsi, obbligatoriamente, un risvolto sociale positivo. Occorre passare “dalla possibilità del fatto alla verifica del valore rapportato anche agli interessi della generazione futura”. PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, ESI, Napoli, 1991, p. 374, il quale sosteneva che “Considerare il ricorso all'inseminazione artificiale come eccezionale, non equivale ad esprimere un giudizio negativo su di essa. Eccezionale significa che l'impiego di tale tecnica si rende possibile soltanto quando divenga strumento ineliminabile o molto utile per il pieno sviluppo della persona; in questa ipotesi essa realizza per lo più il diritto alla salute e rientra nell'assistenza sanitaria nazionale. In presenza di sterilità incurabile, di rischi di trasmissione ereditarie e di ragioni di ordine psicologico, il problema dell'inseminazione non si pone più in termini discrezionali”. Diversamente, LENTI, L.: *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, Padova, Cedam, 1993, pp. 168 e ss., che si poneva il problema della liceità della alienazione del gamete ed in tale ottica non rinveniva il fondamento nel precetto costituzionale nel diritto alla salute. Non riteneva poter essere qualificati come terapeutici gli interventi di procreazione artificiale nei quali vi è cessione dei gameti. Pur essendo la sterilità involontaria una malattia fisica la sostituzione del proprio apporto genetico mancante non poteva essere considerata terapia.

⁸⁹ Trib. Roma, ord. 17 febbraio 2000, in *Fam. Dir.*, 2000, p. 151 ss.

⁹⁰ Con riferimento alle problematiche degli accordi di maternità surrogata transfrontaliera, organizzazioni sovranazionali stanno studiando le diverse opzioni per l'attribuzione della genitorialità al fine di preservare il preminente interesse del nato. V., la *Relazione sulla salute e i diritti sessuali e riproduttivi*, del 26 settembre 2013, n. A7-0306/2013 [2013/2040(INI)] della Commissione per i diritti della donna e l'uguaglianza di genere, rel. Edite Estrela; BRUNET, L. (LEAD), CARRUTHERS, J., DAVAKI, K., KIN, D., MARZO, C., MCCANDLESS, J.: “Il regime di maternità surrogata negli Stati membri dell'UE”, Parlamento Europeo, Maggio, 2013, reperibili sul sito www.europarl.europa.eu; THERY, I. e LEROYER, A. M.: “Filiation, origines, parentalité: le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle”, I, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère de la famille, Rapport du groupe de

stata ritenuta contraria all'ordine pubblico⁹¹.

Lo scenario è in parte mutato a seguito della sentenza n. 162 del 10 giugno 2014 della Consulta, che in linea con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il divieto di P.M.A. di tipo eterologo (art. 4, comma 3°, l. n. 40/2004)⁹².

travail Filiation, origines, parentalité, France, 2014, reperibile sul sito www.justice.gouv.fr; GRANET, F.: "La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans des états membres de la ciec", CIEC (Commission internationale de l'état civil), 2014, reperibile sul sito www.ciec1.org/Etudes/MaternitesSubstitution7.2.2014.pdf.

⁹¹ Trib. Campobasso, citato nella sentenza del 27 gennaio 2015, caso *Paradiso e Campanelli c. Italia* (ricorso n. 25358/12). *Contra* App. Bari, sent. 13 febbraio 2009, in *Fam. min.*, 2009, p. 50. Nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., la Corte, al § 80 afferma che "il riferimento all'ordine pubblico non può tuttavia essere preso come una carta bianca che giustifichi qualsiasi misura, in quanto l'obbligo di tenere in considerazione l'interesse superiore del minore incombe allo Stato indipendentemente dalla natura del legame genitoriale, genetico o di altro tipo".

⁹² Corte cost. 10 giugno 2014, n. 162. La Corte afferma che, una volta espunte dai commi 1° e 3° dell'art. 9 della l. n. 40 del 2004, a seguito dell'accoglimento delle sollevate questioni, le parole "in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3°" risulta confermata sia l'inammissibilità dell'azione di disconoscimento della paternità (il richiamo dell'art. 235 c.c. per le modifiche realizzate dagli artt. 17 e 106 del d.lgs. n. 154 del 2013 deve ritenersi ora riferito all'art. 243-bis c.c.) e dell'impugnazione *ex* art. 263 c.c. (nel testo novellato dall'art. 28 del d.lgs. n. 154 del 2013), sia che la nascita da P.M.A. di tipo eterologo non dà luogo all'istituzione di relazioni giuridiche parentali tra il donatore di gameti ed il nato, essendo, quindi, regolamentati i principali profili dello stato giuridico di quest'ultimo. La Consulta ritiene che dalle norme vigenti è già desumibile una regolamentazione della P.M.A. di tipo eterologo che, in relazione ai profili ulteriori rispetto a quelli sopra approfonditi, è ricavabile, mediante gli ordinari strumenti interpretativi, dalla disciplina concernente, in linea generale, la donazione di tessuti e cellule umani, in quanto espressiva di principi generali pur nelle diversità delle fattispecie (in ordine, esemplificativamente, alla gratuità e volontarietà della donazione, alle modalità del consenso, all'anonimato del donatore, alle esigenze di tutela sotto il profilo sanitario, oggetto degli artt. 12, 13, comma 1°, 14° e 15° del d.lgs. 6 novembre 2007, n. 191, recante "Attuazione della direttiva 2004/23/CE sulla definizione delle norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umane"). In relazione al numero delle donazioni la Consulta ritiene possibile un aggiornamento delle Linee guida, eventualmente anche alla luce delle discipline stabilite in altri Paesi europei (quali, ad esempio, la Francia e il Regno Unito), ma tenendo conto dell'esigenza di consentirle entro un limite ragionevolmente ridotto. A seguito di tale sentenza, le Regioni sono intervenute. A tal proposito v. l'Accordo sancito dalla Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome nella seduta del 4 Settembre 2014 in ordine al: "Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della corte costituzionale nr. 162/2014", in Bollettino Ufficiale della Regione Toscana del 22 ottobre 2014, n. 42, Parte seconda, p. 31 e ss. La Conferenza, preso atto della sentenza della Corte costituzionale del 9 aprile 2014, n. 162, ha "concordato di definire, in attesa che il Parlamento legiferi in materia, un accordo interregionale che verrà recepito dalle singole Regioni e Pp.Aa., il quale avrà valenza transitoria, ma che permetterà comunque alle coppie che ne faranno richiesta di poter accedere alla fecondazione eterologa". In particolare, "preso atto della nota dell'8 Agosto 2014 del Ministro della Salute ... con la quale il Ministro sottolinea i cardini principali, che sono condivisi dalle Regioni, sui quali dovrebbe

In relazione al divieto di c.d. maternità surrogata (*ex art. 12, comma 6°*, della l. n. 40 del 2004), la Corte ne ha affermato la “perdurante validità ed efficacia”. La Consulta ha ritenuto applicabile alle tecniche di tipo eterologo il suo precedente sulla reversibilità del consenso della madre che ha scelto l’anonimato (*ex art. 30, comma 1°*, del D.P.R. n. 396 del 2000). Il Giudice delle leggi, nell’affrontare la questione del diritto all’identità genetica del nato, ha confermato l’esigenza di infrangere il dogma della segretezza dell’identità dei genitori biologici ritenendo inammissibile, anche per le metodiche di tipo eterologo, l’anonimato del donatore e/o donatrice di gameti. La Consulta richiama il precedente n. 278/2013, nel quale ha invitato il legislatore ad introdurre apposite disposizioni volte a consentire in concreto la verifica della perdurante attualità della scelta dell’anonimato della madre e, al contempo, a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all’anonimato.

Il diritto a conoscere le proprie origini o ad instaurare rapporti di genitorialità “naturale” (nella definizione della Corte costituzionale n. 278/2013) e rientrando in una accezione diversa del *favor veritatis*, non si pone in conflitto con il concreto *favor minoris*, “poiché la verità biologica della procreazione costituisce una componente essenziale dell’interesse del medesimo minore, che si traduce nella esigenza di garantire ad esso il diritto alla propria identità e, segnatamente, alla affermazione di un rapporto di filiazione veridico”⁹³.

basarsi la organizzazione delle procedura di Pma da donazione, che sono: - Il recepimento di parte della direttiva 2006/17/Ce; - L’istituzione di un registro nazionale per la tracciabilità donatore- nato; - La regola della gratuità e volontarietà della donazione di cellule riproduttive; - Il principio di anonimato del donatore e la sua deroga esclusivamente per esigenze di salute del nato ... Considerato che la procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo richiede ... un’attività specifica consistente nella selezione dei donatori di gameti ... la regolamentazione tecnica dovrebbe in particolar modo dettagliare: - Le regole sull’anonimato dei donatori; ... - La tenuta della tracciabilità delle donazioni e degli eventi avversi ... La Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, al fine di rendere omogeneo a livello nazionale l’accesso alle procedure eterologhe, ha concordato i seguenti indirizzi operativi per le Regioni e le Province Autonome ...”. Sull’Anonimato dei donatori e tutela della riservatezza” è previsto quanto segue: “Ferma restando la regola di anonimato di cui all’articolo 14 del decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 191, e successive modificazioni, la donazione deve essere anonima (cioè non deve essere possibile per il donatore risalire alla coppia ricevente e viceversa). I dati clinici del donatore/donatrice potranno essere resi noti al personale sanitario solo in casi straordinari, dietro specifica richiesta e con procedure istituzionalizzate, per eventuali problemi medici della prole, ma in nessun caso alla coppia ricevente. L’accessibilità alla informazione sarà gestita informaticamente con il controllo di tracciabilità. I donatori/donatrici non hanno diritto di conoscere l’identità del soggetto nato per mezzo di queste tecniche e il nato non potrà conoscere l’identità del donatore/donatrice. Eventuali modifiche introdotte alla disciplina dell’anonimato della donazione successivamente alla applicazione del presente documento dovranno comunque garantire l’anonimato ai donatori che hanno donato prima dell’entrata in vigore della nuova disciplina. Le persone che partecipano a programmi di donazione dovrebbero essere certi che la loro riservatezza sarà rispettata”.

⁹³ Corte cost., ordinanza 12 gennaio 2012, n. 7, pubblicata sulla G.U. del 18 gennaio 2012.

Nella maternità surrogata praticata all'estero si pongono problemi per l'attribuzione dello *status filiationis* al nato⁹⁴. Sulla "surrogazione di maternità" di recente è intervenuta la Corte di Strasburgo con due sentenze emesse in pari data⁹⁵ e con quella del 2015 contro l'Italia, caso *Paradiso e Campanelli*⁹⁶. Nelle prime due, la Francia è stata condannata per non aver consentito al padre biologico, al contempo padre sociale del nato, di instaurare con il figlio il rapporto "giuridico" di filiazione derivante da un contratto di maternità surrogata transfrontaliero. L'impedimento alla creazione del rapporto di filiazione, per la mancata trascrizione dell'atto di nascita redatto all'estero e la negazione del riconoscimento o dell'adozione del figlio, ha leso il superiore interesse del minore allo *status filiationis* ed alla propria identità genetica. I giudici sovranazionali hanno rilevato la violazione del diritto alla vita privata del minore *ex art. 8 CEDU*⁹⁷.

Il caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, sentenza del 27 gennaio 2015, ha ad oggetto un caso analogo di mancata trascrizione in Italia dell'atto di nascita redatto all'estero, dove la surrogazione di maternità è considerata lecita. La Corte, pur non sussistendo un legame biologico tra il nato ed i c.dd. genitori sociali, ha osservato, al § 69, che "i ricorrenti hanno passato con il minore le prime tappe importanti della sua giovane vita: sei mesi in Italia, a partire dal terzo mese di vita del minore. Prima di tale periodo, la ricorrente aveva già passato alcune settimane con lui in Russia. Anche se il periodo in quanto tale è relativamente breve, la Corte ritiene che i ricorrenti si siano comportati nei confronti del minore come dei genitori e conclude in favore dell'esistenza di una vita familiare *de facto* tra i ricorrenti e il minore. Pertanto nel caso di specie si applica l'articolo 8 della Convenzione"⁹⁸.

⁹⁴ Sul punto v., Trib. Milano, 8 aprile 2014, cit., con riferimento anche l'art. 9 c.p.

⁹⁵ V., caso *Mennesson c. Francia*, ricorso n. 65192/11, e caso *Labassee c. Francia*, ricorso n. 65941/11, sentenze del 26 giugno 2014. Con riferimento al caso *Labassee c. Francia*, v., § 78: "Il est concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire (paragraphe 54 ci-dessus). Il résulte toutefois de ce qui précède que les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté. Se pose donc une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant".

⁹⁶ Sentenza del 27 gennaio 2015, cit.

⁹⁷ Tali sentenze sono in linea con il precedente della Corte costituzionale del 28 novembre 2002, n. 494, che ha riconosciuto, quale situazione inviolabile della persona umana (art. 2 cost.), il diritto ad uno *status filiationis* conforme al dato biologico della procreazione "ove non ricorrano costringenti ragioni contrarie al suo stesso interesse".

⁹⁸ Ai ricorrenti è stato rifiutato, perché ritenuto contrario all'ordine pubblico dalle autorità competenti interne, il riconoscimento del certificato di nascita rilasciato dalle autorità russe competenti e gli stessi sono stati oggetto delle decisioni giudiziarie che hanno portato

Problemi sul diritto a conoscere le proprie origini si sono posti in relazione al noto caso di “uno scambio di embrioni” tra due coppie ricorrenti alle tecniche di P.M.A. di tipo omologo. L’erroneo impianto di embrioni è avvenuto per uno scambio degli stessi operato nella struttura ospedaliera che ha praticato la tecnica. La soluzione giurisprudenziale⁹⁹ ha privilegiato il

all’allontanamento e alla presa in carico del minore. Al § 80 la Corte afferma che “il riferimento all’ordine pubblico non può tuttavia essere preso come una carta bianca che giustifichi qualsiasi misura, in quanto l’obbligo di tenere in considerazione l’interesse superiore del minore incombe allo Stato indipendentemente dalla natura del legame genitoriale, genetico o di altro tipo. A questo riguardo la Corte rammenta che, nella causa Wagner e J.M.W.L. sopra citata, le autorità lussemburghesi non avevano riconosciuto la filiazione accertata all’estero in quanto questa era contraria all’ordine pubblico; tuttavia, esse non avevano adottato alcuna misura finalizzata all’allontanamento del minore o all’interruzione della vita familiare. In effetti, l’allontanamento del minore dal contesto familiare è una misura estrema alla quale si dovrebbe ricorrere solo in ultima ratio. Affinché una misura di questo tipo sia giustificata, essa deve rispondere allo scopo di proteggere il minore che affronti un pericolo immediato per lui”. Nei §§ da 85 a 88 si precisa che “il minore ha ricevuto una nuova identità soltanto nell’aprile 2013, il che significa che è stato inesistente per più di due anni. Ora, è necessario che un minore non sia svantaggiato per il fatto che è stato messo al mondo da una madre surrogata, a cominciare dalla cittadinanza o dall’identità che rivestono un’importanza primordiale (si veda l’articolo 7 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia del 20 novembre 1989, entrata in vigore il 2 settembre 1990, ...). 86. Tenuto conto di questi fattori, la Corte non è convinta del carattere adeguato degli elementi sui quali le autorità si sono basate per concludere che il minore doveva essere preso in carico dai servizi sociali. Ne deriva che le autorità italiane non hanno mantenuto il giusto equilibrio che deve sussistere tra gli interessi in gioco. 87. In conclusione, la Corte ritiene che vi è stata violazione dell’articolo 8 della Convenzione. 88. Tenuto conto che il minore ha certamente sviluppato dei legami affettivi con la famiglia di accoglienza presso la quale è stato collocato all’inizio del 2013, la constatazione di violazione pronunciata nella causa dei ricorrenti non può dunque essere intesa nel senso di obbligare lo Stato a riconsegnare il minore agli interessati”.

⁹⁹ Trib. Roma, sez. I civ., con l’ordinanza 8 agosto 2014, reperibile sul sito www.altalex.it

⁹⁹ Sulle azioni di stato nel sistema riformato il T Roma 8.8.14, cit. Nel giudizio è stata posta al giudice *a quo* la richiesta di sollevare la questione di legittimità costituzionale dell’art. 243 *bis* nella parte nella quale limita la legittimazione a proporre l’azione di disconoscimento in relazione all’art. 263, che prevede che l’azione possa essere proposta da chiunque vi abbia interesse. Tale richiesta di sollevare questione di legittimità costituzionale riguardava, altresì, l’art. 269, nella parte nella quale prevede che la madre sia colei che partorisce il figlio senza eccezioni e l’art. 239¹, nella parte nella quale prevede la possibilità di reclamare lo stato di figlio solo in caso di supposizione di parto o sostituzione di neonato. Le questioni di costituzionalità sollevate non sono state ritenute né rilevanti né fondate. La questione di legittimità costituzionale dell’art. 243 *bis* è stata riproposta: T Roma 24.4.15, il quale ha rigettato il ricorso. Il caso è tornato all’attenzione del Tribunale (22.4.15) il quale ha rigettato la domanda sulla questione della legittimità costituzionale dell’art. 243 *bis* nella parte nella quale non annovera il padre genetico tra i soggetti legittimati a proporre l’azione di disconoscimento di paternità in caso di sostituzione di embrione avvenuta nell’ambito della procedura di fecondazione assistita. In tale ultima decisione, il giudice ha auspicato l’intervento del legislatore in materia per risolvere i problemi emergenti dal ricorso alle tecnologie riproduttive a fronte di una normativa non più adeguata. Sul caso dello “scambio di embrioni” è stato presentato il ricorso (n. 41146/14, *caso X e Y c. Italia*) alla Corte di Strasburgo per violazione dell’art. 8 C.E.D.U. Nel noto caso di scambio di

criterio dell'art. 269, comma 3°, c.c. nell'attribuzione dello *status*. Il Tribunale ha stabilito che è madre la persona che ha portato a termine la gravidanza, nel rispetto di quanto dispone l'art. 269 comma 3°, c.c. È la madre biologica che sviluppa il legame simbiotico con il nascituro; è nel suo utero che la vita umana nasce e cresce ed è lei che gli fornisce il nutrimento vitale tramite l'allattamento. La soluzione ha inteso privilegiare la famiglia così costituita, rispetto a quella genetica, entrambe desiderose di vedersi attribuita la responsabilità genitoriale a seguito del parto. Nel giudizio è stata posta al giudice *a quo* la richiesta di sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 243 *bis* c.c. nella parte nella quale limita la legittimazione a proporre l'azione di disconoscimento in relazione all'art. 263 c.c., che prevede che l'azione possa essere proposta da chiunque vi abbia interesse. Tale richiesta di sollevare questione di legittimità costituzionale riguardava, altresì, l'art. 269 c.c., nella parte nella quale prevede che la madre sia colei che partorisce il figlio senza eccezioni e l'art. 239 comma 1°, c.c., nella parte nella quale prevede la possibilità di reclamare lo stato di figlio solo in caso di supposizione di parto o sostituzione di neonato. Le questioni di costituzionalità sollevate non sono state ritenute né rilevanti né fondate.

La riforma del 2012 non è intervenuta sulla l. n. 40 del 2004 che disciplina la P.M.A. Si è sostenuto che il legislatore ha “mantenuto in vita il microsistema delle diverse regole che governano la filiazione artificiale”¹⁰⁰. Tuttavia, l'art. 30 cost., permea di sé l'intero sistema della filiazione; nel dettare la responsabilità genitoriale ne consente deroghe nell'interesse concreto e superiore del nato in una dimensione “diacronica”. Il diritto a conoscere le proprie origini e quello all'accertamento dello stato di filiazione, devono essere declinati per tutti i figli allo stesso modo, salvo trattamenti differenziati, purché ragionevoli. Al centro vi deve essere la valutazione dell'interesse del minore. Non è il diritto all'anonimato del donatore o quello di diventare “genitori giuridici” a dover avere una “considerazione” preminente, ma l'interesse del nato. Cosa significa e come si articola questo suo interesse non è dato valutarlo in astratto ed in una dimensione temporale cristallizzata. Tale interesse richiede valutazioni in ragione del singolo minore, valutazioni che possono mutare nel tempo. La responsabilità nasce sì dal consenso non soltanto dei c.dd. genitori giuridici, ma anche del donatore che ha “concesso” il proprio patrimonio genetico. Al bambino vanno riconosciuti, sin dal concepimento, diritti inviolabili tra i quali quello ad uno *status filiationis* ed alla conoscenza della propria identità genetica. Parità giuridica dei figli che si coniuga con la diversità di attribuzioni di responsabilità degli autori del concepimento.

embrioni, è stata esperito ricorso alla CEDU la quale, con sentenza del 16 settembre 2014, ha dichiarato il ricorso irricevibile, in applicazione dell'art. 35 della Convenzione “per mancato esaurimento delle vie di ricorso interne”.

¹⁰⁰ Così BIANCA, M.: “L'unicità dello stato di figlio”, in *La Riforma della filiazione* (a cura di C. M. BIANCA), Padova, CEDAM, 2015, pp. 18 e ss.

La persona del concepito deve essere considerata nella unitarietà della tutela della sua dignità e di promozione del suo sviluppo. In tale assetto di valori il c.d. *favor minoris* non consiste necessariamente nella corrispondenza tra verità naturale e certezza formale della filiazione (*rectius, status* conforme alla verità biologica del suo concepimento). La promozione del diritto del minore nella sua condizione di persona porta a riconoscergli “un diritto esistenziale, indisponibile e potestativo” di chiedere la reversibilità del segreto per poter conoscere le proprie origini biologiche quale momento formativo della sua personalità e dignità umana¹⁰¹. È questo diritto che va ben oltre il principio del *favor veritatis* poiché non necessariamente connesso al riconoscimento di uno *status* familiare o di filiazione “giuridica”, e che spiega la ragione stessa dell’esistenza e del modo di essere di ogni uomo. Gli spazi aperti alla libertà del singolo in ordine alla stessa scelta della riproduzione permessa dalle tecniche di P.M.A. devono tener conto delle conseguenze che ne derivano: la nascita di un essere umano. *Favor veritatis* o diritto di conoscere le proprie origini che può condurre alla creazione di rapporti definiti dalla Corte Costituzionale di “genitorialità naturale”¹⁰².

V. LA LETTURA DEL *FAVOR VERITATIS* ALLA LUCE DEL PRINCIPIO DEL PREMINENTE INTERESSE DEL NASCITURO CONCEPITO E DEL NATO.

Si sono aperti ampi spazi alla libertà del singolo. Possibilità di scelta in ordine alla stessa riproduzione che le sempre più avanzate tecnologie e scoperte permettono.

L’indagine ha portato a differenti qualificazioni in ordine agli accordi in materia di tecniche di riproduzione assistita. Illeciti sono considerati gli accordi con i quali, con o senza corrispettivo, una donna mette a disposizione il proprio corpo per la gestazione per conto altrui (nei casi di maternità surrogata e portante ex art. (ex art. 12, comma 6°, della l. n. 40 del 2004)¹⁰³. L’art. 5 c.c. vieta gli atti di disposizione, non solamente nel caso in cui cagionino una diminuzione dell’integrità fisica che non può escludersi in questi casi, ma anche quelli contrari alla legge o ai principi di ordine pubblico o buon costume. La problematica dell’illiceità delle ipotesi di maternità surrogata o portante è stata affrontata nell’ottica dell’indisponibilità del corpo della gestante senza tener conto delle conseguenze che da tale accordo derivano.

L’uso delle tecniche c.d. “eterologhe” investe temi ben più delicati qual è

¹⁰¹ Così, CHIAPPETTA, G.: “I rapporti familiari nel dibattito costituzionale e nel pensiero di Fausto Gullo”, cit., p. 60.

¹⁰² Corte cost. n. 278 del 2013, cit.

¹⁰³ Divieto ribadito dalla corte cost. n. 162 del 2014, cit.

quello di determinare se e tra quali persone direttamente coinvolte si costituiscano rapporti genitori-figlio; che ruolo eventualmente riconoscere a coloro che fanno dono del proprio gamete; che diritti attribuire al nascituro in ordine al suo *status* ed alla possibilità di conoscere il modo e le persone che hanno contribuito alla formazione del suo genoma individuale. Il problema nella legge è affrontato in termini di rapporto tra volontà di essere genitori e fenomeno della procreazione. La violazione del divieto legittima il diritto ad essere genitori in virtù di accordi e di tecniche illecite. Previsione quest'ultima che non sembra tutelare adeguatamente l'interesse del nascituro¹⁰⁴. Si è sostenuto che le peculiarità e le profonde differenze esistenti tra procreazione naturale e tecniche di riproduzione "assistita" eterologhe non consentono l'applicazione analogica dell'attuale disciplina in tema di filiazione ispirata al principio del fondamento biologico del vincolo di filiazione. La scissione fra concepimento e procreazione comporta lo sdoppiamento della titolarità del fattore biologico da quello volontaristico e, quindi, la riconsiderazione del fattore volitivo. Tuttavia, l'ottica negoziale che privilegia il consenso prestato per l'attribuzione dello *status* di figlio e considera il seme come mero "fattore generativo", sembra inadeguato per l'attribuzione della paternità. La liceità dev'essere il frutto di valutazione congiunta della disponibilità di parti del corpo e, quindi, della non riprovevolezza della tecnica e dell'adeguata tutela accordata all'essere che dovrà nascere. Il nascituro ha diritto a venire alla luce con la certezza di poter crescere adeguatamente nella prima e più importante formazione sociale che è la famiglia. In ogni caso, è fondamentale riconoscere al nato il diritto ad un processo di procreazione che lo proietti verso situazioni ottimali di vita.

In relazione alle stesse tecniche uno dei problemi che ha richiesto un'attenta e cauta riflessione può essere sintetizzato nell'individuazione dei soggetti a cui attribuire la paternità e maternità giuridica del nato e correlativamente quale sia lo *status* familiare di quest'ultimo. Le soluzioni adottate muovono dalle differenti situazioni che possono verificarsi e che vedono coinvolte più persone con ruoli ed interessi diversi quali quello del donatore o della donatrice del gamete genitori biologici del nato, di coloro che ricorrono a tali tecniche per appagare il desiderio di divenire genitori c.d. sociali, della donna gestante e partoriente che può non essere donatrice dell'ovulo ed infine, non in ordine di importanza, del nato. Per la costituzione del rapporto giuridico, la legge di riforma del diritto di famiglia del 1975 e poi quella del 2012 hanno ulteriormente rafforzato il postulato della corrispondenza tra genitorialità giuridica e biologica. Tuttavia, le disposizioni, espressione del principio di corrispondenza tra dato biologico e attribuzione legale della genitorialità, non sono mera attuazione della verità quale valore in sé, ma trovano il fondamento nel principio di responsabilità per il fatto della procreazione e

¹⁰⁴ Sul punto v., Corte di Strasburgo, caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, sentenza del 27 gennaio 2015, cit.

nel preminente interesse del figlio. Questa ricerca della verità incontra in talune ipotesi dei limiti.

La domanda che ci si è posti prima dell'approvazione della legge, è se tale corrispondenza operi in tutte le ipotesi in cui si è verificata una nascita o vada limitata al solo caso di "generazione naturale". Autorevole dottrina aveva anticipato la soluzione legislativa del 2004 affermando che l'elemento biologico costituisce il presupposto del vincolo giuridico solo se il concepimento deriva da rapporto sessuale. L'Autore aveva sottolineato che nel corso dei tempi l'elemento di base dato dal fattore biologico di derivazione e l'elemento che in contrapposizione, si usa chiamare sociologico da cui discende il rapporto di vita, si presentano con un diverso rilievo determinante. Per la definizione del rapporto di paternità si richiede, accanto ed oltre al fattore fisico (elemento di verità) una corrispondenza di ordine sociale cioè l'autoresponsabilità. Nel caso di p.m.a. con seme di donatore il quale non l'abbia destinato alla moglie o alla convivente, si sosteneva che non potesse essere attribuita al medesimo la paternità in quanto mancava l'elemento dell'autoresponsabilità degli atti socialmente rilevanti. La responsabilità genitoriale doveva essere attribuita ai c.d. genitori sociali.

In linea con siffatta soluzione dottrinale, si può dedurre che in questi casi il fattore di ordine sociologico prevale sul fattore genetico ed è sufficiente a superare il principio di verità.

L'art. 31, co. 2, della Costituzione prevede la protezione della maternità intesa come vincolo naturale che lega la madre al figlio, fondato sul legame biologico connesso al concepimento e alla gestazione. Dal lato costituzionale si rileva un concetto di maternità in termini di rapporto rappresentato dall'esperienza relazionale della gestazione e del parto. In linea con questa disposizione, l'art. 269 c.c. ha ribadito che la maternità deve essere attribuita in base al presupposto del parto. Il concetto di maternità nasce dalla positivizzazione del fatto naturale della procreazione. La domanda che occorre porsi è se, oggi che la scienza è riuscita ad operare una separazione tra concepimento e procreazione, tale dato normativo si possa applicare per l'attribuzione della maternità alle ipotesi di procreazione medicalmente assistita mediante ovulo di donatrice o a quella di maternità portante o surrogata.

In tutte le ipotesi di applicazione delle tecniche vietate sembra privilegiarsi il rapporto che si instaura tra concepito e gestante per cui la maternità viene attribuita alla partoriente.

Tuttavia, le indagini muovono da principi civilistici senza la giusta considerazione dei valori che li ispirano. Ci si interroga, con riferimento alla generazione "artificiale", sulla necessità di una ridefinizione del valore e degli

effetti del fattore volontà e responsabilità senza talvolta porsi il problema del rispetto della dignità della vita nascente e della tutela della sua salute.

L'illiceità di detti accordi tra coniugi o conviventi e terzi, il divieto dell'azione di disconoscimento della paternità da parte di chi ha accettato il ricorso alle metodiche di riproduzione medicalmente assistite eterologa della moglie, l'impossibilità per la madre del nato di chiedere di non essere nominata, il segreto in ordine al ricorso a tali tecniche eterologhe e, quindi, l'anonimato del donatore o donatrice, sono soluzioni legislative che hanno suscitato perplessità¹⁰⁵.

La soluzione non sembra individuare il senso e la reale portata del principio del *favor veritatis* e, quindi, la necessaria responsabilizzazione di tutti coloro che con il loro apporto partecipano alla nascita del nuovo essere umano. La domanda che ci si è posti e che continua ad interessare gli interpreti è se il principio del *favor veritatis* inteso come potere del nato di poter conoscere le proprie origini debba applicarsi anche ai casi di nascita mediante le tecniche di maternità portante e surrogata in vigore del divieto del ricorso ad esse. *Favor veritatis, ab origine* inteso come attribuzione di uno *status filiationis* conforme al dato biologico della nascita, che, in relazione al preminente interesse del nascituro concepito e del nato, può assumere un diverso significato, come possibilità di conoscere le proprie origini e di instaurare rapporti di "genitorialità naturale"¹⁰⁶ che non deve comportare necessariamente l'attribuzione della responsabilità genitoriale. Verità intesa come diritto del nato di poter conoscere le proprie origini genetiche culturali e sociali, di pervenire alla verità della propria origine per l'adeguato sviluppo psico-fisico del bambino. Verità che soddisfa l'esigenza del nato e che trova tutela negli articoli 32 e 33 della Costituzione¹⁰⁷. La finzione sembra tutelare maggiormente il desiderio egoistico di avere un figlio come "proprio" di chi ricorre a tali metodiche illecitamente con la conseguente deresponsabilizzazioni dei donatori spinti talvolta da un ambiguo senso di

¹⁰⁵ RUSCELLO, F.: "La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita", in *Famiglia e diritto*, 2004, p. 636, da conto dei dubbi posti dalle sanzioni previste dalla legge per la violazione del divieto di inseminazione eterologa. "Da alcuni, non a torto, già si parla di tecnica del "bastone e della carota": bastone per alcuni; carota per altri. Sicuramente è destinatario della "carota" il donatore terzo, il quale non è soltanto escluso da qualsiasi sanzione, ma "non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi" (art. 9, co. 3). Una disciplina che sembra voler deresponsabilizzare chi, in buona sostanza, partecipa... a un illecito e che, in questi limiti, appare sicuramente discutibile".

¹⁰⁶ V. Corte cost. n. 278 del 2013 e n. 162 del 2014, cit., Corte di Strasburgo, caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, sentenza del 27 gennaio 2015, cit.

¹⁰⁷ SAULLE, M. R.: "Diritto al nome e all'identità", in *La convenzione dei diritti del minore e l'ordinamento italiano* (a cura di M.R. SAULLE), ESI, 1994, p. 67.

carità-solidarietà¹⁰⁸ o ancora peggio da un interesse speculativo¹⁰⁹.

L'anonimato non si giustifica nel preminente interesse del nato¹¹⁰. L'esperienza psicoanalitica sembra dimostrare che fondamentale per la crescita e lo sviluppo dell'apparato psichico del figlio è poter conoscere le radici della propria identità. Non è un caso che come metodo di cura si parta dall'indagine del come, del perché e da chi si è stati generati. Il segreto sulle modalità del concepimento non eliminerebbe il nascondere una verità che potrebbe suscitare "il sospetto la paura"¹¹¹. L'adeguata crescita psichica del

¹⁰⁸ È stato sottolineato che la tutela degli interessi della coppia sterile è assicurata dalla segretezza del meccanismo che spinge fino ad escludere il diritto del vero padre a "conoscere" il figlio ed a limitare il diritto del figlio a sapere del come e da chi è stato generato. Soluzione che solo in parte è giustificabile nell'interesse del figlio. La segretezza assicura l'identità tra l'immagine della famiglia che è ricorso all'inseminazione artificiale e l'immagine della famiglia che si è "naturalmente" riprodotta. Si v. ZATTI, P.: "Inseminazione omologa ed eterologa, fecondazione e trattamento di gameti ed embrioni", in *Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana*, Atti del Convegno tenuti a Verona, 2, 3, 4 e 25 ottobre 1986, Cedam, Padova, 1987; pp. 83-84; VEGETTI FINZI, S.: op. cit., p. 193. Per quanto riguarda i figli incestuosi l'art. 251 c.c. dispone che "non possono essere riconosciuti dai loro genitori, salvo che questi al tempo del concepimento ignorassero il vincolo esistente tra di loro...". Quando uno solo è stato in buona fede, il riconoscimento può essere fatto solo da lui. Il limitato riconoscimento dei figli incestuosi ha suscitato fondate critiche. È stato osservato che l'interesse del figlio rileva in modo singolare, per escludere il riconoscimento e non per ammetterlo in ogni caso anche quando il comportamento dei genitori risulta riprovevole, BESSONE, M., ALPA, G., D'ANGELO, A., FERRANDO, G., SPALLAROSSA, M. R.: op. cit., p. 244 ed *ivi* ulteriore bibliografia.

¹⁰⁹ V. Corte cost. n. 278 del 2013 e n. 162 del 2014, cit. Il dono non appare come una semplice spartizione di qualcosa di essenziale, ma il dare un sovrappiù, una sorta di eccesso. Tale da farlo apparire più come il risultato di un sacrificio, come il chiaro segno di abbondanza per colui che dona testimonianza di virilità, sul punto ABRAHAM, G. e PASINI, W.: "L'ambiguità del dono", in *L'inseminazione della discordia (studio multidisciplinare sulle problematiche legate all'inseminazione artificiale)*, Collana *Psicosessuologia studi e ricerche*, Milano, Franco Angeli, 1987.

L'accettazione del dono con la relativa assunzione della responsabilità del c.d. padre sociale e la totale deresponsabilizzazione del padre genetico non sembra, per quanto più volte affermato, essere a tutela del preminente interesse del nato. Così SGRECCIA, E. e DI PIETRO, M. L.: "La Procreazione artificiale tra etica e legislazione", in *Il dir. fam. e pers.*, 1986, p. 1422, per i quali "la donazione di gameti è cosa diversa dal dono del sangue o di organo; gli spermatozoi e le cellule uovo portano un'informazione, un patrimonio genetico che è determinante per lo sviluppo della persona umana di conoscere le proprie origini genetiche e questo diritto viene riconosciuto in molti Stati".

¹¹⁰ Si v. VEGETTI FINZI, S.: op. cit., p.186, che sostiene "Quanto più la circolazione del materiale generativo diviene anonima, tanto più assomiglia a quella del denaro ... Le analogie tra "capitale biologico" e "capitale finanziario" rivelano un processo di speculazione che si fonda sulla manipolazione del desiderio procreativo, in particolare materno".

¹¹¹ È stato affermato che "il nato ha diritto a venire al mondo senza subire traumi aggiunti rispetto a quelli che inevitabilmente l'esistenza gli procurerà e che tale problema non si risolve imponendo l'anonimato del donatore... Traumi maggiori subirebbe se venisse casualmente a conoscenza di essere nato mediante inseminazione eterologa attuata quindi

figlio può richiedere la conoscenza del ricorso alle tecniche di chi con il suo dono gli ha dato la vita. Conoscenza necessaria per l'individuazione della terapia da adottare per la cura di patologie e per eventuali trapianti di organi. In questi casi il segreto non può essere mantenuto, e gli effetti per chi ha vissuto nella menzogna potrebbero essere sì traumatici. Il problema della ricostruzione della mappa genetica non è solo un'eventualità meramente possibile e, come tale, trascurabile nella valutazione di una previsione del divieto, ma è una situazione che oggi si rivela sempre più necessaria perché diagnosi e terapie lo richiedono¹¹².

Rispondere ai problemi posti dal progresso scientifico vuol dire riproporsi la domanda sul valore della vita umana integralmente ed unitariamente intesa, sulle sue prerogative e compiti. Ci si pone nell'ottica di dover "guarire" i mali che le disfunzioni della società hanno creato. Significativa è stata la denuncia di Jacques Testart definito uno dei pionieri dell'inseminazione medicalmente assistita¹¹³. Nel suo libro ha spiegato le ragioni che lo hanno spinto nella direzione di fermarsi, avendo constatato che la "scienza, che solleva vecchie angosce, ci prepara a soffrirne delle nuove, senza garantire né la guarigione dall'una né dall'altra"¹¹⁴. Siffatta denuncia dovrebbe far riflettere sui diritti del bambino e sul c.d. *favor veritatis*, nelle sue diverse accezioni¹¹⁵.

BIBLIOGRAFÍA

ALBANO, S.: "Omogeneità sostanziale dell'azione di disconoscimento della paternità e dell'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità", in

con seme di donatore"; così BARCHI, M.: "Diritto alla fecondità e tutela del nascituro", in *Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana*, cit., pp. 235-237.

¹¹² VEGETTI FINZI, S.: op. cit., p.188.

¹¹³ *L'oeuf transparent*, ed. Flammarion coll. Champs, 1986.

¹¹⁴ Si pensi alla necessità di conoscere la presenza di malattie ereditarie nella parentela del nato con seme o ovulo donato, che potranno essere trasmessi alla prole se non si procede con una consulenza genetica per valutare i rischi che avranno i futuri figli di ammalarsi e possibilmente per evitarli. La diagnosi prenatale per ottenere informazioni genetiche intorno al nato può richiedere l'anamnesi familiare. O, ancora, il caso si è verificato ad un soggetto adottato con adozione legittimante che per curare una forma di leucemia mielica, si è trovato nella necessità di rintracciare la propria sorella per richiederle il consenso alla donazione del midollo osseo, Trib. Min. Emilia Romagna, 30 gennaio 1996, in *Il dir. fam. e pers.*, 1996, p.656.

¹¹⁵ Organizzazioni internazionali riconoscono già da tempo il diritto del figlio di conoscere i genitori biologici. Per una sintesi di siffatte disposizioni e della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, si v., CHIAPPETTA, G.: "La nuova disciplina delle azioni di stato", cit., e ID.: "I nuovi orizzonti del diritto dello stato unico di figlio", in *Lo stato unico di figlio* (a cura di CHIAPPETTA, G.), ESI, 2014; RENDA, A.: "L'accertamento della maternità: anonimato materno e responsabilità per la procreazione", in *Famiglia e diritto*, 2004, pp. 517 e ss.

Filiazione. Commento al decreto attuativo (a cura di M. BIANCA), Giuffrè, Milano, 2014.

ABRAHAM, G. e PASINI, W.: “L’ambiguità del dono”, in *L’inseminazione della discordia (studio multidisciplinare sulle problematiche legate all’inseminazione artificiale)*, Collana *Psicosessuologia studi e ricerche*, Milano, Franco Angeli, 1987.

BALDINI, G.: “Considerazioni su paternità biologica e sociale nell’ambito della procreazione artificiale eterologa”, in *Rass. dir. civ.*, 1996.

BARCHI, M.: “Diritto alla fecondità e tutela del nascituro”, in *Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana*, Atti del Convegno tenuti a Verona, 2, 3, 4 e 25 ottobre 1986, Cedam, Padova, 1987.

BESSONE, M., ROPPO, E.: *Il diritto di famiglia*, Utet, Torino, 1977.

BESSONE, M., ALPA, G., D’ANGELO, A., FERRANDO, G., SPALLAROSSA, M. R.: *La famiglia nel nuovo diritto*, Zanichelli, Bologna, 1995.

BIANCA, C. M.: *Diritto civile, 2.1, La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2014.

BIANCA, M.: “L’unicità dello stato di figlio”, in *La Riforma della filiazione* (a cura di C. M. BIANCA), CEDAM, Padova, 2015.

BIANCA, M.: “Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico”, in *NLCC*, 2013.

BISCONTINI, G.: “Prove ematologiche e filiazione”, in *Rass. dir. civ.*, 1993.

BRUNET, L. (LEAD), CARRUTHERS, J., DAVAKI, K., KIN, D., MARZO, C., MCCANDLESS, J.: “Il regime di maternità surrogata negli Stati membri dell’UE”, Parlamento Europeo, Maggio, 2013.

BUCCIANTE, A.: *Filiazione* (voce), II, in *Enc. Giur.*, XIV, Roma.

BUSNELLI, F. D. e BRECCIA, U.: “Tutela della salute e diritto privato”, in *Diritto e problemi contemporanei*, Giuffrè, Milano, II, 1978.

BUTTURINI, D.: “La pretesa a conoscere le proprie origini come espressione del diritto al rispetto della vita privata”, in *www.forumcostituzionale.it*, 24 ottobre 2012.

CAPURSO, M. C.: “Figli concepiti da donna coniugata in conseguenza di separazione di fatto, contestazione della filiazione legittima, “favor veritatis”, in *Giur. it.*, 1984, I, 2.

CATERINI, E.: “Filiazione naturale e adozione nello “Statuto dei diritti del

minore”, in *Giur. cost.*, 1991.

CENCI, P.: “*Sul diritto dell’adottato di conoscere l’identità dei propri genitori naturali*”, *Il dir. fam e pers.*, 1996.

CERASE, M.: “Il parto in anonimato al vaglio della Corte europea dei diritti: una condanna davvero convincente?”, in *www.rivistaaic.it*, 4/2012.

CHIAPPETTA, G.: “I nuovi orizzonti del diritto dello stato unico di figlio”, in *Lo stato unico di figlio* (a cura di G. CHIAPPETTA), ESI, Milano, 2014.

CHIAPPETTA, G.: “I rapporti familiari nel dibattito costituzionale e nel pensiero di Fausto Gullo”, in *Fausto Gullo fra costituente e governo* (a cura di C. AMIRANTE e V. ATRIPALDI), ESI, Napoli, 1997.

CHIAPPETTA, G.: “La nuova disciplina delle azioni di stato”, in *La Riforma della filiazione* (a cura di C. M. BIANCA), Cedam, Padova, 2015.

CHIAPPETTA, G.: “Status personae e familiae nella giurisprudenza delle corti sovranazionali”, in *Famiglie e minori*, ESI, Napoli, 2011.

CIRAOLO, C.: “Contestazione e reclamo dello stato di figlio”, in *Filiazione. Commento al decreto attuativo* (a cura di M. BIANCA), Giuffrè, Milano, 2014.

COMPORITI, M.: “Filiazione e prove biologiche”, in *Quad.*, 1985.

COMPORITI, M. e MARTINI, P.: “Paternità e prova biologica. Le prove del sangue e quelle genetiche dopo la riforma della filiazione legittima e naturale”, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II.

D’ADDINO SERRAVALLE, P.: “L’individuazione del padre e della madre in riferimento all’inseminazione artificiale eterologa”, in *Rass. Dir. Civ.*, 1987.

GRANET, F. : “La maternité de substitution et l’état civil de l’enfant dans des états membres de la ciec ”, CIEC (Commission internationale de l’état civil), 2014.

LENTI, L.: *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, Padova, Cedam, 1993.

LENTI, L.: *La sedicente riforma della filiazione*, in NGCC, 2013.

LUZZATI, M.: *La famiglia, la legge e il giudice (il nuovo diritto di famiglia)*, Milano, Pirola, 1978.

MAJELLO, U.: *Della filiazione illegittima e della legittimazione*, in *Commentario del*

Codice Civile (diretto da SCIALOJA e BRANCA), Zanichelli, Bologna-Roma, 1969.

MARINARO, G.: *I figli privi di status*, Napoli-Camerino, ESI, 1991.

PANE, R.: “Favor veritas e azione di disconoscimento di paternità”, in *Rapporti personali della famiglia* (a cura di P. PERLINGIERI), ESI, Napoli, 1982.

PANE, R.: “Favor veritatis e diritto dell’adottato di conoscere le proprie origini nella recente riforma delle adozioni”, in *Studi in memoria di V. Cantelmo* (a cura di R. FAVALE e B. MARUCCI), ESI, Napoli, 2003, vol. 2.

PATTI, S.: “Sulla configurabilità di un diritto della persona di conoscere le proprie origini biologiche”, in *Il dir. fam. e pers.*, 1987.

PERLINGIERI, P.: “Riflessione sull’inseminazione artificiale e sulla manipolazione genetica”, in *Iustitia*, 1988.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, ESI, Napoli, 1991.

PERLINGIERI, P.: “Sulla coercibilità della perizia ematologica. In margine alla sentenza della Corte costituzionale del 24 marzo 1986, n. 54”, in *Leg. e giust.*, 1988, p. 388, ora in *La persona e i suoi diritti*, 2005.

PERLINGIERI, P.: *Diritto alla famiglia e minori senza famiglia*, in *La persona e i suoi diritti*, ESI, Napoli, 2005.

PERLINGIERI, P.: “Famiglia e diritti fondamentali della persona”, in *La persona e i suoi diritti*, ESI, Napoli, 2005.

PERLINGIERI, P.: *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee*, ESI, Napoli, 2008.

PERLINGIERI, P.: *Interpretazione e legalità costituzionale*, ESI, Napoli, 2012.

PERLINGIERI, P.- CHIAPPETTA, G.: “Rapporti familiari e parentali”, in *Manuale di diritto civile* (a cura di P. PERLINGIERI), ESI, Napoli.

RENDA, A.: “L’accertamento della maternità: anonimato materno e responsabilità per la procreazione”, in *Famiglia e diritto*, 2004.

ROSETTI, R.: “Azione di disconoscimento della paternità”, in *Modifiche al codice civile*, ESI, Napoli, 2014.

ROSETTI, R.: “Azione di Reclamo dello stato di figlio”, in *Modifiche al codice civile e alle leggi speciali in materia di filiazione*, ESI, Napoli, 2014.

RUSCELLO, F.: “La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita”, in *Famiglia e diritto*, 2004.

SAULLE, M. R.: “Diritto al nome e all’identità”, in *La convenzione dei diritti del minore e l’ordinamento italiano* (a cura di M. R. SAULLE), ESI, Napoli, 1994.

SGRECCIA, E. e DI PIETRO, M. L.: “La Procreazione artificiale tra etica e legislazione”, in *Il dir. fam. e pers.*, 1986.

THERY, I. e LEROYER, A. M. : “Filiation, origines, parentalité: le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle”, I, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère de la famille, Rapport du groupe de travail Filiation, origines, parentalité, France, 2014.

TRABUCCHI, A.: “Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista”, in *Riv. dir. civ.*, 1986.

VEGETTI FINZI, S.: “Oscurità dell’origine e bioetica della verità”, in RODOTÀ, S. (a cura di): *Questioni di bioetica*, Roma-Bari, Laterza, 1993.

VIRGADAMO, P.: “Falso e consapevole “riconoscimento” del figlio naturale o vero atto (illecito) comportante l’assunzione della responsabilità genitoriale? Per un’interpretazione non formalistica dell’atto privato”, in *Rass. dir. civ.*, 2013.

ZATTI, P.: “Inseminazione omologa ed eterologa, fecondazione e trattamento di gameti ed embrioni”, in *Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana*, Atti del Convegno tenuti a Verona, 2, 3, 4 e 25 ottobre 1986, Cedam, Padova, 1987.

LA REGOLAMENTAZIONE DELLE UNIONI CIVILI TRA
PERSONE DELLO STESSO SESSO E DELLE CONVIVENZE IN
ITALIA

*THE REGULATION ON SAME-SEX PARTNERSHIPS AND COHABITING
COUPLES IN ITALY*

DRA. MARIA CARMELA VENUTI
Professoressa Ordinaria di Diritto Privato
Università degli Studi di Palermo
mariacarmela.venuti@unipa.it

RESUMEN: El presente trabajo analiza la ley sobre el tema de las uniones civiles entre individuos del mismo sexo y las uniones de hecho aprobada por el Parlamento italiano. Con esta disciplina el Estado italiano colma un vacío de tutela hacia las parejas del mismo sexo y las uniones de hecho.

PALABRAS CLAVE: uniones civiles entre individuos del mismo sexo; matrimonio; uniones de hecho; acuerdo de cohabitación.

ABSTRACT: This study analyses the same-sex registered partnership and cohabiting couples Act recently approved by the Italian Parliament. Thanks to this, Italy should resolve the legal vacuum that has had as a result a lack of protection for the same-sex couples and the cohabiting couples.

KEY WORDS: same-sex civil partnership; marriage; cohabiting couples; cohabitation agreement.

FECHA DE ENTREGA: 15/05/2016/FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/06/2016.

SOMMARIO: I. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE.- II. LE UNIONI CIVILI TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO.- III. SEGUE.- IV. LA ONDIVAGA LINEA DI DEMARCAZIONE TRA UNIONE CIVILE TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO E MATRIMONIO.- V. LA DISCIPLINA DELLA COSIDDETTA “CONVIVENZA DI FATTO”.- VI. SEGUE: IL CONTRATTO DI CONVIVENZA.- VII. RIFLESSIONI CONCLUSIVE.

I. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE.

Sollecitato da ultimo dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che ha ritenuto l'Italia inadempiente all'obbligo positivo di garantire alle coppie omosessuali uno “specifico quadro giuridico” che preveda “il riconoscimento e la tutela delle loro unioni”¹, il Parlamento italiano ha varato la legge 20 maggio 2016, n. 76 in tema di “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”².

¹ Corte EDU, sezione IV, 21 luglio 2015, ric. 18766/11 e 36030/11, *Oliari et al. c. Italia*, reperibile su <http://hudoc.echr.coe.int>, in part. punto 185. La decisione è divenuta definitiva, ai sensi dell'art. 44, § 2, della Convenzione, il 21 ottobre 2015. Secondo la Corte, «la tutela attualmente disponibile non solo è carente nel contenuto, nella misura in cui non provvede alle esigenze fondamentali di una coppia che ha una relazione stabile, ma non è neanche sufficientemente stabile – dipende dalla convivenza, nonché dall'atteggiamento dei giudici (o a volte degli organi amministrativi) nel contesto di un paese che non è vincolato dal sistema del precedente giudiziario» (punto 172). Su tale decisione v. in dottrina, tra i molti, LENTI, L.: “Prime note in margine al caso *Oliari c. Italia*”, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, parte II, pp. 575-581.

Già nell'aprile 2013, nella Relazione tenuta innanzi alle più alte cariche dello Stato, l'allora Presidente della Corte costituzionale, prof. Franco Gallo, aveva stigmatizzato il silenzio mantenuto dal legislatore di fronte ai diversi solleciti mossi dalla Corte in ordine all'esigenza di modificare una normativa ritenuta dalla stessa in contrasto con la Costituzione, in una lettura conforme alla Convenzione sui diritti e le libertà fondamentali e alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Per quel che qui in particolare interessa, l'inerzia veniva riconnessa alla pronuncia della Consulta n. 138/2010, con la quale «la Corte ha escluso l'illegittimità costituzionale delle norme che limitano l'applicazione dell'istituto matrimoniale alle unioni tra uomo e donna, ma nel contempo ha affermato che due persone dello stesso sesso hanno comunque il “diritto fondamentale” di ottenere il riconoscimento giuridico, con i connessi diritti e doveri, della loro stabile unione. Ha perciò affidato al Parlamento la regolamentazione della materia nei modi e nei limiti più opportuni»: Corte costituzionale, Riunione straordinaria del 12 aprile 2013, Relazione del Presidente prof. Franco Gallo, reperibile in www.cortecostituzionale.it, punto 4. L'affermazione è richiamata altresì dalla Corte EDU nella decisione sul caso *Oliari et al. c. Italia*, punto 43.

² Pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 118 del 21 maggio 2016, serie generale, la legge entrerà in vigore il 5 giugno 2016.

Ha avuto così esito positivo un travagliato *iter* legislativo che ha richiesto il voto di fiducia sia al Senato sia alla Camera dei Deputati rispettivamente sul d.d.l. (A.S.) n. 2081 e sul p.d.l. (A.C.) n. 3634³. La legge si compone di un unico articolo che si snoda in 69 commi. In apertura il primo alinea solennemente recita che essa “istituisce l’unione civile tra persone dello stesso sesso quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione e reca la disciplina delle convivenze di fatto”. Ed invero nel provvedimento si distinguono due nuclei contenutistici: il primo, formato dai commi 2-35, contempla l’istituto, di nuovo conio, della “unione civile tra persone dello stesso sesso”; il secondo, articolato nei commi 36-65, contiene la regolamentazione applicabile ai “conviventi di fatto”, coppie di maggiorenni legati da uno stabile vincolo affettivo che non hanno formalizzato la propria unione né con il matrimonio (se eterosessuali) né con l’unione civile (se omosessuali). Seguono, infine, i commi 66-69 concernenti la copertura finanziaria della legge, ai sensi dell’art. 81 Cost.

Sulla condizione della coppia e della famiglia omosessuale nel panorama giuridico italiano anteriore al varo della legge v. PALMERI, G.: “La famiglia omosessuale: linee di tendenza e prospettive”, in AA.VV.: *Le relazioni affettive non matrimoniali* (a cura di F. Romeo), Utet Giuridica, Milano, 2014, pp. 45-108, cui si rimanda anche per le indicazioni bibliografiche e di giurisprudenza sull’argomento. Per una più recente disamina attenta al variegato panorama giurisprudenziale e alle elaborazioni parlamentari cfr. LORELLO, L.: *Coppie omosessuali e tutela costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2015. Tra i contributi sul tema specifico della condizione giuridica delle coppie omoaffettive si v. altresì, senza pretesa di completezza, VITUCCI, M.C.: *La tutela internazionale dell’orientamento sessuale*, Jovene, Napoli, 2012; SEGNI, M.: “La disciplina dell’omosessualità: Italia ed Europa a confronto”, *Famiglia, Persone e Successioni*, 2012, pp. 252-258; GATTUSO, M.: “Orientamento sessuale, famiglia, eguaglianza”, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, parte II, pp. 584-598.

³ Sui lavori preparatori cfr. GATTUSO, M.: “Le Unioni civili in mare aperto: ecco il progetto di legge che andrà in Aula in Senato”, www.articolo29.it; CASABURI, G.: “Il Sillabo delle Unioni Civili: giudici, etica di stato, obblighi internazionali dell’Italia”, www.articolo29.it; FERRANDO, G.: “Le unioni civili. La situazione in Italia alla vigilia della riforma”, www.juscivile.it, 2016, 3; LENTI, L.: “La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura”, www.juscivile.it, 2016, 4. Con specifico riferimento alla questione dell’adozione del figlio del partner, non più inserita nel testo approvato dalle Camere, cfr. altresì AA.VV.: “Le unioni civili e la *stepchild adoption*”, *Famiglia e diritto*, 2016, Supplemento speciale; si v. altresì UNIONE GIURISTI CATTOLICI ITALIANI, “Comunicato sul riconoscimento delle unioni civili e la *stepchild adoption*”, *Iustitia*, 1/2016, pp. 39-40; RABBONI, L.: “Unioni civili e adozione: l’insidia di una questione nominalistica”, *Minorigiustizia*, 2015, fasc. 4, pp. 114-124; SCHUSTER, A.: “L’adozione cogenitoriale per le unioni civili: soluzione doverosa, ma insufficiente”, *Minorigiustizia*, 2015, fasc. 4, pp. 125-133. Su precedenti versioni del disegno di legge “Cirinnà” esaminato al Senato v. ROMEO, F. e VENUTI, M.C.: “Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze”, *Nuove leggi civili commentate*, 2015, pp. 971-1013; IORIO, G.: “Il disegno di legge sulle «unioni civili» e sulle «convivenze di fatto»: appunti e proposte sui lavori in corso”, *ivi*, pp. 1014-1029; TRIMARCHI, M.: “Il disegno di legge sulle unioni civili e sulle convivenze: luci e ombre”, www.juscivile.it, 2016, 1. Cfr. altresì AULETTA, T.: “Modelli familiari, disciplina applicabile e prospettive di riforma”, *Nuove leggi civili commentate*, 2015, pp. 615-640; SEGNI, M.: “Unioni civili: non tiriamo in ballo la Costituzione”, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, parte II, pp. 707-715.

Il legislatore italiano, dunque, nel dare riconoscimento giuridico alle coppie omosessuali che intendono formalizzare la propria unione apprestando tutela alla relazione di coppia, ha optato per un sistema dualistico che vede adesso affiancato al matrimonio, che resta appannaggio delle coppie eterosessuali, il nuovo istituto dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La soluzione, nel suo approccio, è in linea con quanto affermato dalla Corte EDU nella nota decisione sul caso "Schalk e Kopf c. Austria" in ordine alla libertà degli ordinamenti nazionali di riservare il matrimonio solamente alle coppie eterosessuali, posto comunque che l'istituto del partenariato registrato può costituire un'adeguata risposta al legittimo bisogno di tutela delle unioni omosessuali, alle quali va assicurato un adeguato riconoscimento giuridico⁴. In quell'occasione i giudici di Strasburgo hanno sottolineato, infatti, come con la "Eingetragene Partnerschaft Gesetz" l'ordinamento austriaco avesse provveduto ad attribuire alle coppie "same-sex" uno "statut juridique équivalent ou similaire au mariage à de nombreux égards"⁵. Emerge,

⁴ Corte EDU, sezione I, 24 giugno 2010, ric. 30141/04, *Schalk e Kopf c. Austria*, reperibile su <http://hudoc.echr.coe.int>. Partendo dall'affermazione generale della riconducibilità della relazione di una coppia dello stesso sesso non solo alla nozione di "vita privata" ma anche a quella di "vita familiare" di cui all'articolo 8 della Convenzione, e dalla constatazione della capacità delle coppie omosessuali, analogamente a quelle eterosessuali, di instaurare relazioni stabili, i giudici di Strasburgo hanno reputato meritevole di protezione l'esigenza di queste ultime di disporre di un quadro giuridico idoneo a «far riconoscere e tutelare la loro relazione ai sensi del diritto interno». Quest'ultimo, secondo quanto affermato anche nella citata decisione sul caso *Oliari et al. c. Italia*, dovrebbe prevedere, in assenza di matrimonio, la possibilità di contrarre un'unione civile o un'unione registrata: CORTE EDU, sezione IV, 21 luglio 2015, ric. 18766/11 e 36030/11, *Oliari et al. c. Italia*, cit., punti 164, 165, 167.

⁵ CORTE EDU, sezione I, 24 giugno 2010, ric. 30141/04, *Schalk e Kopf c. Austria*, cit., punto 109. Analogamente nella pronuncia *Hämäläinen c. Finlandia* (Grande Camera, 16 luglio 2014, ric. 37359/09, reperibile su <http://hudoc.echr.coe.int>) la stessa Corte ha sostenuto che, sebbene l'art. 8 della Convenzione non possa essere interpretato nel senso di obbligare gli Stati parti a garantire alle coppie "same-sex" l'accesso al matrimonio, tuttavia un adeguato strumento di riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali può essere individuato in istituti che, similmente alla "Civil Partnership" del Regno Unito, attribuiscono alle coppie destinatarie uno statuto giuridico simile, se non identico, al matrimonio. La sentenza al punto 71 si riferisce in particolare ad una precedente decisione assunta dalla quarta sezione il 28 novembre 2006, ric. 42971/05, nel caso *Parry c. Regno Unito*, originato dalla scelta di una coppia di coniugi eterosessuali di mantenere il loro vincolo dopo il mutamento di sesso di uno di loro. La soluzione nel senso dell'inammissibilità del ricorso venne allora adottata, tra l'altro, sulla base della considerazione che, benché all'epoca in Gran Bretagna non fosse consentito il matrimonio tra persone dello stesso sesso, era già in vigore il "Civil Partnership Act 2004", il quale permette alle coppie omosessuali «to acquire a legal status for their relationships, with legal rights and responsibilities» (punto B.3 della parte in fatto). Pertanto nel caso concreto i ricorrenti avevano la possibilità di «continue their relationship in all its current essentials and may also give it a legal status akin, if not identical to marriage, through a civil partnership which carries with it almost all the same legal rights and obligations» (punto II.B della parte in diritto). Tornando al caso *Hämäläinen c. Finlandia*, considerato che in Finlandia la legge prevede, in caso di mutamento di sesso di uno dei coniugi o di una delle parti di una "registered partnership", in presenza del consenso di entrambi i membri della relazione, la piena intercambiabilità tra matrimonio e partenariato

pertanto, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo una equiparazione delle coppie di fatto omosessuali a quelle eterosessuali in ordine alla loro rilevanza fenomenologico-sociale e giuridica, e alla meritevolezza dell'esigenza di riconoscimento e di tutela circa l'instaurazione e lo svolgimento della relazione affettiva.

In Italia, precedentemente al varo della legge in discorso, la condizione giuridica delle coppie omosessuali oscillava tra l'affermazione di principio della loro rilevanza quale formazione sociale costituzionalmente riconosciuta e protetta come luogo ove si svolge la personalità dell'individuo ai sensi dell'art. 2 della Carta fondamentale⁶, e l'assenza di un tessuto regolativo sufficientemente puntuale e dettagliato idoneo a disciplinare i diritti e doveri della coppia nelle diverse evenienze dello svolgimento della relazione e della sua cessazione, e a fornire un nucleo anche minimo di protezione ai partner

registrato stabilendo l'automatica trasformazione dell'uno istituto nell'altro, la Corte ha sostenuto che «the differences between a marriage and a registered partnership are not such as to involve an essential change in the applicant's legal situation». Nella fattispecie concreta, secondo i giudici di Strasburgo, la ricorrente, originariamente coniugata, dopo il proprio mutamento di sesso avrebbe potuto continuare a godere «in essence, and in practice, the same legal protection under a registered partnership as afforded by marriage» (punto 80).

⁶ È la stessa Corte EDU nella richiamata decisione *Oliari et al c. Italia* (punti 16, 34, 180) a ricordare la nota pronuncia della Corte costituzionale italiana – sentenza 14-15 aprile 2010, n. 138 (in *G.U.*, 21 aprile 2010, n. 16, 1 s.s.), vera pietra miliare nella tutela dei diritti delle coppie “same-sex” – secondo cui, posto che «per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico», in tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale. Essa va «intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri». Riconoscimento che «necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia» (punto 8 della motivazione). La Consulta ha escluso che la legittima aspirazione a tale riconoscimento, da attuare appunto con una disciplina come sopra caratterizzata, «possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio», essendo possibile adottare soluzioni alternative, come anche attestato dalle legislazioni straniere che hanno dato riconoscimento alle unioni “same-sex”. Nella giurisprudenza di legittimità, poi, la Corte di cassazione (sentenza 15 marzo 2012, n. 4184, *Foro italiano*, 2012, parte I, col. 2727, con nota di R. ROMBOLI, pure citata dalla Corte EDU al punto 35) ha affermato che «i componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto», sono «titolari del diritto alla “vita familiare” e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza appunto di “specifiche situazioni”, il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti, applicabili nelle singole fattispecie, in quanto ovvero nella parte in cui non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza» (punto 4.2 della motivazione).

nella dimensione esterna del loro rapporto (previdenza, assistenza, sicurezza sociale). In mancanza di previsioni di legge relative alla formalizzazione dell'unione omosessuale e al legame tra le parti, la fattispecie restava ai margini della giuridicità: una relazione “di fatto”, la cui disciplina interna era lasciata all'autodeterminazione dei partner, con tutti i limiti che ciò comporta⁷.

II. LE UNIONI CIVILI TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO.

La legge esibisce, come accennato, un impianto binario: contempla il nuovo istituto dell'unione civile tra persone dello stesso sesso (d'ora in avanti, per brevità, anche soltanto “unione civile”); e appresta una prima disciplina (minima) a favore delle coppie etero- ed omosessuali non coniugate o non legate in unione civile, definite quali “conviventi di fatto”.

Nel prosieguo dell'analisi si seguirà tendenzialmente tale articolazione.

Andando al primo nucleo di regolamentazione, risulta palese la scelta del Parlamento italiano di dare copertura legislativa alle coppie omosessuali che intendano formalizzare la propria relazione e vedersi riconosciuto il corrispondente “status” attraverso il nuovo istituto dell'unione civile, restando il matrimonio appannaggio delle coppie di sesso diverso.

La soluzione dualistica richiede inevitabilmente all'interprete un costante raffronto con il matrimonio, ineludibile modello da cui per prossimità o per differenza specifica l'unione civile si staglia. E ciò vale – se si vuole mantenere la dicotomia atto/rapporto propria della dogmatica del matrimonio consegnataci dalla tradizione – sia sotto il profilo della costituzione dell'unione civile e della sua validità, sia per ciò che attiene all'assetto dei diritti e doveri delle parti, ai poteri riconosciuti alla coppia, alle vicende del rapporto, allo scioglimento del vincolo, ai profili successori, per citare solo gli aspetti più significativi.

D'altra parte, quello del confronto con il matrimonio –ora in via di assimilazione, ora di diversificazione– non soltanto è uno dei *leit-motiv* che

⁷ Come evidenziato dai giudici di Strasburgo, «i ricorrenti (...), che non possono sposarsi, non hanno potuto avere accesso a uno specifico quadro giuridico (quale quello relativo alle unioni civili o alle unioni registrate) in grado di permettere il riconoscimento del loro *status* e garantire loro alcuni diritti relativi a una coppia che ha una relazione stabile». D'altra parte, come la stessa Corte EDU ha evidenziato, la costruzione per via pretorile di un sia pur minimo statuto delle unioni affettive risultava operazione estremamente difficile, anche tenuto conto che quello italiano non è un sistema giuridico basato sullo “stare decisis”: Corte EDU, sezione IV, 21 luglio 2015, ric. 18766/11 e 36030/11, *Oliari et al. c. Italia*, cit., punti da 167 a 172.

hanno guidato lo stesso “conditor iuris”, come emerge in controtelaio dall’articolato normativo e in particolare dalle previsioni sulle unioni civili, ma ha rappresentato altresì uno degli snodi del dibattito che ha animato i lavori parlamentari e costituirà senz’altro uno dei temi centrali dell’esperienza applicativa e della riflessione teorica sulle norme di nuovo conio. Sulla questione, di rilevante portata sistematica, non ci si potrà soffermare in questa sede, limitandoci ai soli cenni funzionali all’illustrazione delle questioni di volta in volta rilevanti.

Rimanendo, per ragioni di brevità, ai tratti essenziali della disciplina, va anzitutto segnalato che l’unione civile, definita al primo comma come “specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione”, è destinata a persone dello stesso sesso, maggiori di età, non interdette giudizialmente né, per via del richiamo all’art. 120 c.c., incapaci naturalmente, di stato libero (non unite in matrimonio o vincolate da un’unione civile con altro individuo), non legate tra loro da vincoli di parentela, affinità, adozione secondo il richiamo all’art. 87, comma 1, c.c., e per le quali non sussista il cosiddetto “impedimentum criminis”⁸ (commi 2 e 4).

L’unione civile è costituita dalle parti con dichiarazione resa di fronte all’ufficiale dello stato civile alla presenza di due testimoni⁹. La formula legislativa richiama quella degli artt. 106 e 107 del codice civile, rispettivamente su luogo e forma della celebrazione del matrimonio, pur discostandosene significativamente per l’omissione del requisito della pubblicità della celebrazione, dell’indicazione del luogo di essa (la casa comunale?), del contenuto della dichiarazione - qualche indicazione in più si ritrae invero dal comma 9, il quale stabilisce che il documento attestante la costituzione dell’unione deve contenere “i dati anagrafici delle parti, l’indicazione del loro regime patrimoniale e della loro residenza, oltre ai dati anagrafici e la residenza dei testimoni” -, del ruolo e della dichiarazione dell’ufficiale dello stato civile, della compilazione del relativo atto¹⁰. L’enunciato del comma 3, infatti, si limita ad attribuire all’ufficiale dello stato

⁸ Condanna definitiva per omicidio consumato o tentato nei confronti di chi sia coniugato o unito civilmente con l’altra parte.

⁹ Non si richiede, diversamente dal matrimonio (v. artt. 102 e 103 c.c. e artt. 57, 59 e ss., d.P.R. n. 396/2000), che debba essere preceduta dalla pubblicazione effettuata, su richiesta dei nubendi (o da persona che ha ricevuto da loro lo specifico incarico), dall’ufficiale dello stato civile e finalizzata, in primo luogo, alla presentazione di eventuali opposizioni al matrimonio da parte di chi sia a conoscenza di cause che ostano alla sua celebrazione. Ciò appare criticabile, poiché tramite il congegno pubblicitario e delle connesse opposizioni potrebbe evitarsi, con economia di mezzi giuridici, la costituzione di un’unione civile affetta da nullità (comma 5).

¹⁰ Com’è noto, l’atto di matrimonio costituisce la prova documentale della celebrazione e viene compilato immediatamente dopo di essa: art. 107, ult. cpv., c.c. In dottrina v., per tutti, FERRANDO, G.: *Il matrimonio*, 2 ed., nel *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da Cicu, Messineo, Mengoni, continuato da Schlesinger), Giuffrè, Milano, 2015, pp. 362-369.

civile il compito di provvedere alla “registrazione degli atti di unione civile tra persone dello stesso sesso nell’archivio dello stato civile”¹¹. La previsione, attuando una forma di pubblicità legale, è volta ad assicurare tutela pure ai terzi interessati a conoscere determinati dati relativi a profili personali e patrimoniali della coppia unita civilmente¹², analogamente a quanto avviene per i coniugi.

Con dichiarazione che può essere resa dalle parti all’atto della costituzione dell’unione civile ovvero in un momento successivo – ma non è chiaro se vada poi inserita nell’atto che la documenta o a margine dello stesso, e quindi soggetta al regime di pubblicità degli atti dello stato civile – le stesse possono decidere di assumere, “per la durata dell’unione”, un cognome comune “scegliendolo tra i loro”¹³. In proposito può osservarsi che nell’enunciato normativo la fine dell’unione è individuata quale circostanza risolutiva dell’effetto determinato da tale scelta e ciò, a quanto sembra, pure in caso di (cessazione per) morte di uno dei partner. In quest’ultima evenienza, pertanto, venuta meno l’unione, la parte superstite non potrebbe continuare legittimamente ad utilizzare il cognome comune, se diverso dal proprio, mancando una previsione di tenore analogo all’art. 143-*bis* c.c., che stabilisce che la moglie conservi, durante lo stato vedovile e fino a nuove nozze, il

¹¹ Il Governo, delegato ad emanare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge in tema di unioni civili e di convivenze esame uno o più decreti volti ad adeguare alle previsioni della stessa legge le disposizioni dell’ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni (comma 28, lett. a), potrebbe (dovrebbe?) a tal fine istituire un apposito registro delle unioni civili tra persone dello stesso sesso. Entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge dovrebbe essere emanato un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri contenente le norme transitorie necessarie «per la tenuta dei registri nell’archivio dello stato civile» (comma 34).

¹² Ciò è particolarmente significativo anche tenuto conto che, come s’è detto, la preesistenza di un’unione civile rappresenta impedimento alla costituzione di una nuova unione civile con altra persona dello stesso sesso e così pure alla celebrazione del matrimonio, e causa di nullità dell’unione civile eventualmente costituita (comma 5).

Pure sotto il profilo patrimoniale la statuizione relativa a un meccanismo di registrazione degli atti di unione civile tra persone dello stesso sesso negli archivi dello stato civile è rilevante, posto che alla fattispecie di nuovo conio vengono estese quasi integralmente le norme del codice civile in materia di regime patrimoniale della famiglia, nelle quali l’opponibilità ai terzi delle convenzioni stipulate dai coniugi è subordinata all’annotazione a margine dell’atto di matrimonio della data del contratto, del notaio rogante e delle generalità dei contraenti, ovvero della dichiarazione di scelta del regime di separazione dei beni effettuata nell’atto di matrimonio (art. 162 c.c.). Disciplina che, pertanto, andrà opportunamente adattata al regime di pubblicità previsto per la costituzione dell’unione civile tra persone dello stesso sesso.

¹³ Il partner il cui cognome non sia scelto a formare quello comune dell’unione, può anteporre o posporre quest’ultimo al proprio, facendone dichiarazione all’ufficiale dello stato civile: comma 10.

cognome aggiunto al proprio a seguito del matrimonio¹⁴.

Restando all'atto e, in particolare, alla sua validità, l'art. 1, ai commi 4 e 5, individua nella sussistenza degli impedimenti ivi contemplati (vincolo precedente, interdizione, parentela, affinità e adozione, delitto) una causa di nullità dell'unione. Va poi sottolineato come la legge abbia cura di salvaguardare l'integrità del consenso delle parti. Ciò emerge, per un verso, dal richiamo all'operatività, oltre che dell'art. 119 c.c. sull'impugnazione del matrimonio per interdizione per infermità di mente di uno degli sposi, dell'art. 120 del codice civile in tema di impugnabilità del matrimonio celebrato in stato di incapacità di intendere o di volere. Per altro verso, da una specifica regolamentazione sui vizi della volontà, declinati nelle figure della violenza, del timore di eccezionale gravità determinato da cause estranee alla parte, dell'errore sull'identità della persona e dell'errore sulle qualità personali dell'altra parte (comma 7). Disciplina, quest'ultima, che esibisce molte assonanze e talune significative divergenze rispetto a quella dettata dal codice civile all'art. 122 per le corrispondenti fattispecie. Distonie tra le quali emerge, a proposito dell'*error in qualitate*, la caducazione dell'ipotesi della "anomalia o deviazione sessuale" oltre a quella dello stato di gravidanza causata da persona diversa dal soggetto caduto in errore¹⁵.

¹⁴ D'altra parte, non essendo contemplata per le parti unite civilmente la separazione personale, è esclusa in radice l'operatività dell'art. 156-bis c.c., secondo cui il giudice può vietare alla moglie l'uso del cognome del marito, quando ciò arrechi a quest'ultimo un grave nocumento e, per converso, può autorizzare la moglie a *non usare* il cognome del marito ove costituisca per lei un grave pregiudizio. Sotto un diverso profilo va notato come, per il caso di scioglimento dell'unione civile per "divorzio", il comma 25 dell'art. 1 della legge in esame non richiami l'applicazione delle disposizioni della legge 1° dicembre 1970, n. 898 (in materia di scioglimento del matrimonio) relative al cognome aggiunto dalla donna a seguito del coniugio. Si tratta precisamente dei commi da 2 a 4 dell'art. 5, a mente dei quali la donna può essere autorizzata dal tribunale a conservare il cognome del marito aggiunto al proprio «quando sussista un interesse suo (...) meritevole di tutela». L'approccio adottato dal legislatore del 2016 suscita perplessità giacché in capo alla parte dell'unione civile, che abbia utilizzato il cognome dell'altra quale cognome "comune" ai sensi del richiamato comma 10, potrebbe pure ipotizzarsi, *mutatis mutandis*, un interesse meritevole di tutela alla conservazione dello stesso, ove, ad esempio, divenuto elemento distintivo della sua attività artistica o professionale o, più in generale, della sua identità personale nel tessuto delle relazioni sociali. Sulla conservazione del cognome del marito nella legge sul divorzio si v. nella recente giurisprudenza di legittimità Cass., ord. 26 ottobre 2015, n. 21706, *Famiglia e diritto*, 2016, pp. 121-128, con nota di E. AL MUREDEN.

¹⁵ In continuità con l'impianto codicistico vengono invece richiamate le statuizioni in tema di matrimonio putativo (artt. 128- 129-bis), nonché quelle sulla promovibilità dell'azione da parte del pubblico ministero (art. 125), sulla (in)trasmissibilità dell'azione agli eredi (art. 127) e sulla separazione dei coniugi in pendenza del giudizio di nullità (art. 126). Così come, tra le ipotesi di impugnazione dell'unione civile, ricorre la simulazione di cui all'art. 123 del codice civile, la quale, com'è noto, opera qualora le parti «abbiano convenuto di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti» discendenti – in questo caso – dalla costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso (comma 5).

Andando al versante del rapporto, l'assetto dei diritti e dei doveri che nascono dalla costituzione dell'unione civile è disegnato sul calco della disciplina del matrimonio pur con defezioni non bagatellari. Spiccano l'assenza dell'obbligo reciproco alla fedeltà e alla collaborazione nell'interesse della famiglia di cui all'art. 143 c.c., il silenzio circa il rapporto con i parenti della persona con cui si è uniti civilmente, e la caducazione di ogni riferimento alla genitorialità della coppia unita civilmente: questione assai controversa, il cui superamento nel senso indicato è stato snodo decisivo verso l'approvazione del testo all'esame del Parlamento.

Per inciso può osservarsi che se, riprendendo la tradizionale dogmatica del matrimonio, si vuol parlare di "effetti giuridici" dell'unione civile, identificando con essi le conseguenze che per legge discendono dalla costituzione della stessa, non appare propriamente tale l'assunzione del cognome comune, poiché si tratta di una decisione rimessa alla volontà delle parti, riguardo alla quale, come s'è visto, la legge interviene soltanto a delimitarne la portata temporale "fino alla durata dell'unione".

La regolamentazione sui diritti e doveri nascenti dall'unione civile appare informata ad uguaglianza e reciprocità di posizioni tra i partner, al rispetto e alla salvaguardia della personalità di ciascuno, dando rilevanza dell'autonomia privata nella gestione del "ménage". Così, riprendendo per molti versi il disposto degli articoli 143 e 144 c.c., è sancito l'acquisto, per entrambe le parti, degli "stessi diritti" e l'assunzione dei "medesimi doveri", specificamente individuati nella assistenza morale e materiale, nella coabitazione¹⁶ e, con riguardo ai profili squisitamente patrimoniali,

¹⁶ Non essendo questa la sede per una riflessione sul significato di politica del diritto della espunzione del dovere reciproco di fedeltà e di quello collaborazione nell'interesse della famiglia tra le parti dell'unione civile in confronto alla corrispondente disciplina dettata per i coniugi, va tuttavia "in limine" rimarcato come ciò chiami l'interprete a interrogarsi sulla possibile espansione dell'autonomia privata in questo ambito. È ipotizzabile, in altri termini, che le parti legittimamente intendano vincolarsi reciprocamente in via pattizia alla fedeltà e alla collaborazione nell'interesse della vita comune, stabilendo anche le conseguenze dell'eventuale inosservanza degli obblighi negozialmente assunti. Invero non pare contrastare con questo assunto la previsione del comma 13 sulla inderogabilità da parte dei soggetti uniti civilmente dei diritti e doveri previsti dalla legge per effetto dell'unione civile. La *ratio* della previsione, che ripete la formula dettata dal codice civile all'art. 160 c.c. in tema di convenzioni matrimoniali e che anche nel contesto della legge n. 76/2016 trova la sua collocazione nel quadro delle regole sui profili patrimoniali del rapporto, è quella di assicurare ai *partner* (o a quello più debole) un livello minimo e indefettibile di tutela. Sicché la previsione non osta a pattuizioni volte a derogare "in melius" l'assetto dei reciproci diritti e doveri che trovano fonte nella legge.

Sotto un differente profilo va segnalato come non sia facile per l'interprete individuare idonee tutele ai soggetti uniti civilmente in caso di inosservanza dei doveri di natura personale nascenti dall'unione civile da parte del compagno di vita. A ben vedere, infatti, nonostante il richiamo all'art. 146 c.c. sulle conseguenze dell'allontanamento di uno dei coniugi senza giusta causa dalla residenza familiare (comma 19), la posizione del *partner* risulta significativamente sguarnita di fronte all'eventuale inosservanza dei doveri da parte

nell'obbligo di contribuzione ai "bisogni comuni". Similmente a quanto disposto per i coniugi all'ultimo comma dell'art. 143 c.c., esso è espressione dei principî comunitari e solidaristici che innervano la relazione affettiva, come emerge dall'enunciato per cui ciascuno è tenuto a dare il proprio apporto al soddisfacimento delle esigenze comuni "in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo". Risalta nella previsione richiamata il pari valore attribuito al contributo reso da ciascuna delle parti in termini patrimoniali e personali, così come l'equivalenza tra lavoro casalingo e lavoro professionale. Vengono in tal modo in rilievo la personalità, le peculiari attitudini e i talenti del singolo partner nel quadro delle diverse vicende che lo possono riguardare e che trovano eco nella vita di coppia.

Pure per quanto concerne le scelte del "ménage", la previsione del comma 12, secondo cui "le parti concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza comune; a ciascuna delle parti spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato", è modellata sull'art. 144 c.c. (benché venga obliterato il riferimento all'osservanza delle esigenze di entrambi e di quelle "preminenti della famiglia" nel determinare il progetto di vita comune): anche qui viene in esponente l'accordo tra le parti quale asse portante della relazione tra i componenti dell'unione civile e richiamato, attraverso tale estremo, il ruolo cardine dei principi di uguaglianza, solidarietà, rispetto della personalità di ciascuno.

Il riferimento all'accordo nelle vicende esistenziali porta con sé l'implicito presupposto della sua operatività "rebus sic stantibus" e dunque la necessità di operare modificazioni e aggiustamenti nell'indirizzo concordato al mutare delle circostanze e/o man mano che si presentano nuove significative esigenze individuali e/o di coppia. Né va trascurata l'importanza del contributo di ciascuno dei partner all'elaborazione e all'attuazione del comune progetto di vita. Vita comune che, secondo la espressa formulazione legislativa, va a pieno titolo inquadrata nelle relazioni *familiari*.

Restando ai profili patrimoniali dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, essi vengono disegnati dal legislatore sul calco delle disposizioni codicistiche in tema di regime patrimoniale tra i coniugi. A tale risultato si perviene attraverso la riproposizione più o meno testuale di talune norme (così, ad esempio, l'individuazione della comunione dei beni come regime

dell'altro. Al di là della regolamentazione concernente lo scioglimento del vincolo, l'assenza di un istituto analogo alla separazione personale dei coniugi in ipotesi di crisi della coppia rimette la posizione del *partner* economicamente (e non solo) debole esclusivamente alla salvaguardia offerta dai rimedi di diritto comune, in primo luogo dal risarcimento del danno ove la condotta dell'altro abbia determinato un pregiudizio ai suoi diritti fondamentali. Per i coniugi, al contrario, la disciplina codicistica contempla l'addebitabilità della separazione a carico del coniuge che abbia tenuto un «comportamento contrario ai doveri che derivano dal matrimonio» (art. 151 e art. 156 c.c.).

“legale”, che opera, cioè, in via suppletiva di una diversa convenzione adottata dalle parti, similmente all’art. 159 c.c.), ovvero con il loro integrale richiamo (artt. da 162 a 164; art. 166 per ciò che concerne le disposizioni generali e le convenzioni matrimoniali; e tutte le regole dettate in tema di fondo patrimoniale, comunione legale, comunione convenzionale, separazione dei beni e impresa familiare)¹⁷.

Ancora nel segno della assimilazione della regolamentazione dell’unione civile con la disciplina dettata in considerazione dei coniugi e dei rapporti familiari fondati (tendenzialmente) sul matrimonio si collocano le previsioni che estendono al nuovo istituto le regole codicistiche sulle obbligazioni alimentari (rinvio da intendersi nel senso che la persona unita civilmente è tenuta all’obbligo di prestare gli alimenti all’altra nel medesimo ordine in cui è il coniuge, in base all’art. 433 c.c.), sulle successioni a causa di morte (e precisamente le regole in tema di legittimari, successione legittima, indegnità, collazione, patto di famiglia: pure in tal caso riferendo alla parte unita civilmente le previsioni dettate per il coniuge), sulla corresponsione dell’indennità di preavviso e del trattamento di fine rapporto in caso di morte del prestatore di lavoro (come indicato all’art. 2122 c.c. con riferimento agli artt. 2118 e 2120 nei riguardi del coniuge)¹⁸, sugli ordini di protezione contro gli abusi familiari quando la condotta della parte dell’unione civile causi grave pregiudizio all’integrità fisica o morale o alla libertà dell’altra (art. 342-ter c.c.).

Nella medesima linea vanno ulteriori statuizioni che individuano la parte dell’unione civile come preferibile amministratore di sostegno dell’altra, ne sanciscono la legittimazione a proporre istanza di interdizione, inabilitazione, di istituzione dell’amministrazione di sostegno (o a chiedere la revoca di tali provvedimenti) nei confronti dell’altra parte (comma 15) e che, analogamente a quanto stabilito per i coniugi all’art. 2941, n. 1), c.c., sospendono la prescrizione nei rapporti tra le parti dell’unione civile (comma 18). Senza dire della statuizione che parifica, nel quadro della disciplina dell’annullabilità del contratto per vizi del consenso e segnatamente per l’ipotesi di violenza diretta contro terzi, la posizione della parte dell’unione civile a quella del

¹⁷ Restano fuori l’art. 161 sul divieto degli sposi di pattuire in modo generico che i propri rapporti patrimoniali siano regolati in tutto o in parte da leggi alle quali non sono sottoposti o dagli usi, tenuti invece ad enunciare specificamente il contenuto dei patti con i quali intendono regolare detti rapporti, e l’art. 165 sulla capacità del minore ammesso a contrarre matrimonio di stipulare le relative convenzioni. Esclusione, quest’ultima, del tutto comprensibile, visto che l’unione civile può essere costituita solamente da persone maggiori di età. Il comma 13 contiene, invece, come già ricordato, un enunciato corrispondente al testo dell’art. 160 sull’inderogabilità dei diritti e dei doveri nascenti dal matrimonio, nel quale è stabilito che le parti della formazione sociale di nuovo conio «non possono derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto dell’unione civile».

¹⁸ In argomento cfr. SCHILLACI, A.: “Pensione di reversibilità e coppie omosessuali: quadro comparativo”, *Osservatorio costituzionale*, giugno 2015.

coniuge del contraente. Similmente al disposto dell'art. 1436 c.c., infatti, la minaccia diretta contro la persona o i beni della parte unita civilmente al contraente, ovvero contro la persona o i beni di un suo discendente o ascendente è causa di annullamento del contratto (alinea 16).

III. SEGUE.

Per quanto concerne la crisi del rapporto e il suo scioglimento la legge esibisce alcune significative novità che, all'opposto, segnano una cesura tra l'istituto dell'unione civile e il matrimonio. Non è prevista per le coppie di soggetti dello stesso sesso uniti civilmente la separazione personale né, quindi, la eventuale riconciliazione. La frattura eventualmente intervenuta nella relazione affettiva vede il suo esito immediato e "tranchant" nello scioglimento del vincolo.

Tra le cause di quest'ultimo vengono in rilievo alcune delle ipotesi a tal fine considerate nella legge 1° dicembre 1970, n. 898 sul "divorzio", con esclusione però della l'evenienza, "ordinaria" per le coppie sposate e comunque nella prassi più frequente, costituita dall'intervenuta separazione personale dei coniugi. Si staglia, inoltre, una inedita figura di divorzio "potestativo" o "a semplice domanda", quasi una sorta di recesso "ad nutum", che si caratterizza non soltanto per l'assenza di presupposti ulteriori rispetto alla manifestazione di volontà della/e parte/i, ma anche per la peculiare modalità del suo esercizio, in cui si affida all'ufficiale dello stato civile la formalizzazione della cessazione dell'unione. Si tratta di un procedimento di tipo amministrativo, bifasico, articolato in una iniziale dichiarazione di volontà manifestata dalle parti – anche disgiuntamente – dinanzi all'ufficiale dello stato civile, cui fa seguito la proposizione della domanda di scioglimento "decorsi tre mesi dalla data della manifestazione di volontà di scioglimento dell'unione": comma 24.

La figura si iscrive a pieno titolo nel "trend" di celerità, semplificazione, de-giurisdizionalizzazione e attrazione all'autonomia privata dei procedimenti di separazione personale e di divorzio dei coniugi impresso nell'ordinamento italiano dal d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito in l. 10 novembre 2014, n. 162, che ha introdotto procedimenti di negoziazione assistita da uno o più avvocati per le soluzioni consensuali di separazione personale, cessazione degli effetti civili o scioglimento del matrimonio, modifica delle condizioni di separazione o divorzio (art. 6), e previsto la possibilità di addivenire, a determinate condizioni, alla separazione consensuale, allo scioglimento (o alla cessazione degli effetti civili) del matrimonio, alla modifica delle condizioni di separazione o divorzio tramite richiesta congiunta rivolta al Sindaco, quale ufficiale dello stato civile (art. 12). "Trend" consolidato, da ultimo, dalla legge

6 maggio 2015, n. 55, che ha sensibilmente ridotto il decorso di tempo dalla separazione personale per la proposizione dell'istanza di divorzio (cosiddetto divorzio "breve")¹⁹.

La nuova fattispecie della legge n. 76/2016 presenta, però, contorni poco definiti. Non è chiaro, infatti, se si possa interpretare il requisito della manifestazione "disgiunta" di volontà di scioglimento come una volontà anche unilateralmente formulata, ovvero se sia necessario – come pare preferibile in considerazione dell'esigenza di tutela della parte debole del "ménage" – che provenga da entrambe le persone unite civilmente, pur se in atti separati. Né dallo scarno ordito normativo emerge la funzione che il legislatore ha inteso assegnare allo spazio temporale di tre mesi tra la manifestazione della volontà delle parti di sciogliere l'unione e la proposizione – è da supporre sempre all'ufficiale dello stato civile – della domanda di scioglimento dell'unione civile²⁰.

Vanno poi ricordate le previsioni dei commi 26 e 27 della legge, concernenti due fattispecie speculari – il mutamento di sesso di una delle parti dell'unione civile, nel primo caso, e quello di uno dei coniugi, nel secondo –, alle quali è data, tuttavia, una regolamentazione differente. Nell'ipotesi del matrimonio, infatti, il legislatore, riallacciandosi alle statuizioni della Corte costituzionale²¹, ammette "l'automatica instaurazione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso" qualora i coniugi abbiano manifestato la volontà di non recidere il vincolo che li unisce nonostante il mutamento di genere di uno di loro. Ciò non vale, a parti rovesciate, per le parti unite civilmente. Il comma 26 contiene, invero, la secca statuizione dello scioglimento dell'unione civile tra persone dello stesso genere per effetto della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso, tacendo del tutto sulla permanenza del vincolo, che

¹⁹ Su tali recenti interventi legislativi si v., tra i tanti, DANOVI, F.: "Crisi della famiglia e giurisdizione: un progressivo distacco", *Famiglia e diritto*, 2015, pp. 1043-1052.

²⁰ Quanto al procedimento, dovrebbe applicarsi quello di cui all'art. 12, d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito in l. 10 novembre 2014, n. 162, richiamato «in quanto compatibil[e]» dal comma 25 della legge in esame, ossia quello, anch'esso dominato dall'autonomia privata, in forza del quale i coniugi – qui: le parti unite civilmente – concludono innanzi all'ufficiale dello stato civile, con l'assistenza facoltativa di un avvocato, un *accordo* di scioglimento del matrimonio (o di modifica delle condizioni di divorzio), il quale *tiene luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono i procedimenti relativi*. L'accordo non può contenere patti di trasferimento patrimoniale.

²¹ Corte cost., 11 giugno 2014, n. 170, in *G.U.*, 18 giugno 2014, n. 26, 1^a s.s.. Tra i molti commenti si v. ROMBOLI, R.: "La legittimità costituzionale del «divorzio imposto»: quando la corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice", *Foro italiano*, 2014, I, col. 2680; VERONESI, P.: "Un'anomala additiva di principio in materia di «divorzio imposto»: il «caso Bernaroli» nella sentenza n. 170/2014", *Studium Iuris*, 2014, pp. 1146-1156; PALMERI, G. e VENUTI, M.C.: "L'inedita categoria delle unioni affettive con vissuto giuridico matrimoniale. Riflessioni critiche a margine della sentenza della Corte costituzionale 11 giugno 2014, n. 170 in materia di divorzio del transessuale", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, parte II, pp. 553-566.

ovviamente andrebbe trasformato in matrimonio, se in tal senso è la volontà dei partner. Essi, pertanto, una volta subito lo scioglimento automatico dell'unione, dovranno sottostare al tortuoso e defatigante *iter* della celebrazione del matrimonio se intendono ottenere – sia pure *ex novo*, vista la cesura costituita dal divorzio “imposto” – il riconoscimento giuridico del loro – formalmente nuovo, ma in realtà perdurante – legame e la conseguente tutela in termini di diritti e doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio. Pena, altrimenti, il degradare della loro comunione di vita a convivenza “di fatto” di cui ai commi 36 e seguenti della legge n. 76/2016 (di cui si dirà tra breve).

Emerge, pertanto, una disparità di trattamento tra coppie unite civilmente e coppie coniugate, che incrina il sistema dualistico – matrimonio e unione civile tra persone dello stesso sesso – ora introdotto. In altri termini, se l'unione civile è l'istituto, speculare al matrimonio, idoneo a dare corrispondente copertura giuridica alle coppie dello stesso sesso che intendano formalizzare il proprio legame affettivo, sarebbe stato opportuno prevedere la trasmutazione dell'unione civile in matrimonio nell'eventualità in cui uno dei due partner assumesse un genere diverso e sussistesse la volontà di entrambi di mantenere il legame, giuridicamente rilevante, di coppia²². Ciò anche in considerazione dell'ampio spazio lasciato sia ai coniugi sia alle parti unite civilmente dalle discipline acceleratorie di cui s'è detto in ordine alla determinazione dell' “an” e del “quomodo” della cessazione del vincolo giuridico: circostanza che reclamerebbe un corrispondente riconoscimento della speculare volontà di mantenere il legame in tutta la sua pienezza senza imporre poco comprensibili rapsodiche e unidirezionali soluzioni di continuità.

IV. LA ONDIVAGA LINEA DI DEMARCAZIONE TRA UNIONE CIVILE TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO E MATRIMONIO.

L'irrisolutezza e l'ambiguità del legislatore italiano nel delineare il nuovo istituto dell'unione civile tra persone dello stesso sesso e i suoi tratti distintivi rispetto al matrimonio, emerse nella fattispecie sopra scrutinata, si riscontrano in un'altra controversa previsione, il comma 20 della legge, il

²² L'intercambiabilità tra matrimonio e partneriato registrato, in analoghe circostanze, ad esempio, è prevista in Finlandia, come indicato dalla Corte EDU nella decisione sul caso *Hämäläinen*, di cui s'è riferito alla nota 5. Essa si fonda sulla circostanza che le differenze di disciplina tra i due istituti non siano tali da comportare un mutamento essenziale («*an essential change in the legal situation*») nella condizione giuridica dei soggetti interessati. Su questa base, ciascun membro della coppia, originariamente coniugata, dopo il mutamento di sesso dell'altro dovrebbe continuare a godere – nell'essenza e nella pratica – la medesima tutela giuridica garantita dal matrimonio anche nell'ambito di una *partnership* registrata e viceversa.

quale recita: “Al solo fine di assicurare l’effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall’unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole “coniuge”, “coniugi” o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell’unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti”.

Al di là dell’effetto paradossale determinato dal far seguire l’enunciato che vieta di estendere le norme in materia di adozione dei minori di età alle coppie unite civilmente dall’enigmatico inciso della salvezza di quanto “previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti”, così ingarbugliando la già non facile questione della genitorialità delle coppie omoaffettive²³, la statuizione legislativa, con il suo innescare e disinnesicare l’equazione matrimonio-coniuge/i = unione civile tra persone dello stesso sesso-parte/i dell’unione civile in modo alternato e (soprattutto) senza un chiaro criterio-guida, pone all’interprete delicati interrogativi che qui si può soltanto provare ad enunciare. In primo luogo viene in rilievo l’enucleazione del significato e della portata della finalità che il legislatore ha posto all’estensione alle persone unite civilmente della disciplina del matrimonio e delle previsioni in cui si dà rilievo alla qualità di coniuge (all’esclusivo scopo “di assicurare l’effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall’unione civile tra persone dello stesso sesso”)²⁴. In secondo luogo viene all’attenzione la collegata questione dell’individuazione del criterio sottostante all’esclusione dell’applicazione delle disposizioni del codice civile “non espressamente richiamate dalla legge” e di quelle della legge n. 184/1983 sull’adozione dei minori. In ogni caso, il comma 20, con le

²³ Per un esame di tali questioni prima del varo della legge n. 76/2016 sia consentito il rinvio a VENUTI, M.C.: “Coppie sterili o infertili e coppie «same-sex». La genitorialità negata come problema giuridico”, *Rivista critica del diritto privato*, 2015, pp. 259-295.

²⁴ Molto schematicamente si può ipotizzare che la formula iniziale – finalizzando l’estensione alle unioni civili delle previsioni «che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole “coniuge”, “coniugi” o termini equivalenti, ovunque ricorrono» nell’ordinamento (salvo le eccezioni poi previste) unicamente ad « assicurare l’effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall’unione civile tra persone dello stesso sesso» – sia ridondante, poiché non aggiunge nulla al senso dell’estensione delle norme riferite a matrimonio/coniuge-i alla/e parte/i dell’unione civile. In caso contrario essa rischia di rivelarsi incostituzionale nel momento in cui contribuisce a delineare per le coppie unite civilmente uno statuto “degradato” rispetto a quello riservato ai coniugi senza altra apparente ragione se non quella del diverso orientamento sessuale. Se così fosse, infatti, si porrebbe in contrasto con il principio di non discriminazione ricavabile dall’art. 3 Cost., ed esplicitamente consacrato all’art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

sue statuizioni, ora criptiche ora *tranchant*, costituisce uno snodo ermeneutico ineludibile rispetto al problema, che verosimilmente si porrà in sede applicativa, delle eventuali lacune nella disciplina sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso e della possibilità di colmarle in via di “analogia legis”.

Altra previsione sintomatica della scarsa visibilità della “ratio” che orienta il legislatore nel tracciare la linea di demarcazione tra matrimonio e l’unione civile tra persone dello stesso sesso è quella della lett. b) del comma 28 che incide sulla cosiddetta “portabilità” nel sistema italiano dello *status* di coniuge costituito in un diverso ordinamento giuridico²⁵. Nel delegare il Governo ad emanare norme attuative dei principi posti nella legge, la norma richiamata interviene sui profili di diritto internazionale privato statuendo che la disciplina municipale sulle unioni civili dovrà applicarsi “alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all’estero matrimonio, unione civile o altro istituto analogo”. Essa, quindi, sembra equiparare lo statuto giuridico conseguito all’estero attraverso il matrimonio “same-sex” o il partenariato registrato a quello derivante, in ambito municipale, dalla costituzione dell’unione civile. Tuttavia, a ben vedere, se si pensa all’ampiezza dei diritti e doveri riconosciuti in altri ordinamenti alle coppie omoaffettive con il matrimonio o la registrazione della *partnership* in molti casi più che una sostanziale equivalenza si rischia di realizzare una traslazione “al ribasso”. In altre parole, la soluzione adottata dal legislatore italiano rischia di tradursi in una portabilità “degradata” dello *status* acquisito all’estero, in conseguenza del mancato o ridotto riconoscimento nel nostro ordinamento di diritti e doveri di cui i singoli sono titolari nel paese in cui l’atto è stato posto in essere.

Superfluo sottolineare, a questo riguardo, che il silenzio della legge in esame sulla filiazione all’interno delle coppie “same-sex”, anche ove costituite in unione civile, lascia aperta la delicata questione della trascrivibilità degli atti di nascita formati in ordinamenti stranieri che invece ammettono ipotesi di genitorialità nelle persone dello stesso genere unite in matrimonio o legate da unioni civili o figure simili quali il partenariato registrato²⁶.

²⁵ Su questi temi si v., per una recente riflessione di ampio respiro, CAMARDI, C.: “Diritti fondamentali e *status* della persona”, *Rivista critica del diritto privato*, 2015, pp. 7-54; con riferimento alla questione della trascrivibilità del matrimonio *same-sex* cfr. PALMERI, G. e VENUTI, M.C.: “La trascrivibilità del matrimonio tra identità personale e circolazione dello status coniugale”, *GenIUS*, 2015, fasc. 2, pp. 92-102.

²⁶ In argomento cfr., tra i tanti, PALMERI, G.: “Riflessioni a margine della pronuncia della Corte di appello di Torino 4 dicembre 2014 in tema di trascrizione dell’atto di nascita formato all’estero in seguito a pma”, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, parte II, pp. 241-257.

Diversa questione lasciata aperta dal testo legislativo in discorso è quella – certamente differente rispetto alla costituzione di un legame di filiazione giuridicamente riconosciuto, ma tuttavia prossima per modalità concrete in cui la relazione si atteggia e soprattutto per la

V. LA DISCIPLINA DELLA COSIDDETTA “CONVIVENZA DI FATTO”.

Passando al secondo nucleo di regolamentazione, il legislatore italiano affida ai commi da 36 a 65 una prima organica disciplina dei “conviventi di fatto”²⁷, definiti come “due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un’unione civile” (comma 36). La categoria ricomprende indifferentemente coppie etero- ed omoaffettive, accomunate – oltre che da altri estremi di cui si dirà – dall’assenza del vincolo derivante dal coniugio o dall’unione civile. In altri termini, la disciplina di nuova introduzione è rivolta a coloro che non abbiano formalizzato il proprio rapporto affettivo né con la celebrazione del matrimonio (se appartenenti a generi differenti) né con la costituzione dell’unione civile (se del medesimo genere), con una scelta in controtendenza con l’approccio binario adottato per le unioni formalizzate con il binomio matrimonio/unione civile.

Al di là dei requisiti riferiti a ciascuno dei partner (maggiore età²⁸, stato libero,

medesima rilevanza dell’interesse del minore coinvolto – relativa alla possibilità di disporre l’affidamento familiare alla coppia unita civilmente. Il silenzio del legislatore rimanda così alla giurisprudenza, teorica e pratica, la risposta all’interrogativo se l’unione civile sia suscumbibile nel concetto di “famiglia”, di cui è parola all’art. 2, l. n. 184/1983, nei confronti della quale può essere disposto l’affidamento di un bambino «temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo». In direzione affermativa milita la riconduzione della relazione qui considerata alla nozione di “vita familiare” di cui all’articolo 8 della Convenzione EDU, affermata nella giurisprudenza della relativa Corte e richiamata anche dai giudici nazionali, cui s’è fatto cenno in apertura (§ I). E nello stesso senso sembra, invero, muoversi la medesima legge n. 76/2016 nel momento in cui disegna l’unione civile quale formazione sociale intermedia di tipo familiare (comma 1, comma 12), per tanti versi affine al matrimonio.

²⁷ Per inciso va segnalata la singolare scelta del legislatore di attribuire la qualifica “di fatto” a fattispecie che proprio ora entrano a pieno titolo nella sfera della giuridicità.

²⁸ Sembrerebbe opportuno integrare in via interpretativa tale previsione con il requisito della capacità d’intendere e di volere di ciascuno dei conviventi.

Sotto altro profilo va segnalato che un’esegezi rispettosa del dato letterale conduce a riferire l’estremo dell’assenza di matrimonio o unione civile anche rispetto a terze persone, sicché, ai fini dell’applicazione delle disposizioni in esame, dovrebbe sussistere lo stato libero dei conviventi. Ciò però contrasta con una prassi diffusa di convivenze “more uxorio” in cui uno o entrambi i partner sono legati da precedente matrimonio. Il fenomeno, peraltro, è preso in considerazione dalla giurisprudenza come elemento che, in presenza di determinati caratteri, comporta la sospensione dell’obbligo di mantenimento (in caso di separazione personale) o dell’assegno divorzile (in caso di scioglimento del matrimonio) a favore del coniuge (o ex-coniuge) che abbia instaurato una stabile relazione di coppia con un terzo. Così, ad es., Cass., 26 febbraio 2014, n. 4539, *Diritto e giustizia*, 2014 (27 febbraio), ha affermato, in continuità con la precedente giurisprudenza della stessa corte di legittimità, che «la convivenza “more uxorio” del coniuge, destinatario dell’assegno, stabile e duratura, tale da aver dato vita ad una vera e propria famiglia di fatto, eventualmente caratterizzata dalla nascita di figli (...) è suscettibile di rendere inoperante o comunque di produrre una sospensione dell’assegno divorzile». Più di recente la S.C. – in modo invero non del tutto

assenza di vincoli di parentela, affinità, adozione), emerge nella definizione legislativa ciò che caratterizza il legame di coppia rilevante ai fini della disciplina in parola: stabilità dell'unione affettiva e reciprocità di assistenza morale e materiale (estremo, quest'ultimo, che più correttamente va inquadrato come effetto e non come presupposto della convivenza). Ad essi sembra vada aggiunto l'estremo della coabitazione, cui fa riferimento il comma 37. La norma, infatti, ai fini dell'accertamento della "stabile convivenza" richiede la dichiarazione anagrafica di "costituzione di nuova famiglia o di nuova convivenza" (ovvero di mutamenti intervenuti nella composizione della famiglia o della convivenza già esistente) prevista dal Regolamento anagrafico della popolazione residente (d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223). Quest'ultimo, com'è noto, "agli effetti anagrafici" intende per famiglia "un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, *coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso comune*" (art. 4)²⁹.

La legge disegna una disciplina a due livelli: un piano per così dire "basico", riferibile a tutte le coppie qualificabili come "conviventi di fatto" ai sensi del comma 36; uno a tutela più intensa, destinato a coloro che abbiano stipulato

condivisibile – ha compiuto un ulteriore passo in avanti sostenendo che l'instaurazione di una convivenza stabile e duratura, e dunque la costituzione di una famiglia di fatto, eventualmente arricchita dalla nascita di prole, fa venir meno ogni residua solidarietà post-matrimoniale dell'altro coniuge: Cass., 3 aprile 2015, n. 6855, *Famiglia e diritto*, 2015, pp. 553-554, con nota di G. FERRANDO.

²⁹ Lo stesso art. 4, peraltro, precisa al capoverso che «una famiglia anagrafica può essere costituita *da una sola persona*» (corsivo aggiunto, come pure sopra nel testo). Pertanto l'inciso iniziale del comma 37 – che fa salva la sussistenza dei requisiti posti nella definizione di «conviventi di fatto» - vale a sganciare contenutisticamente la fattispecie della convivenza "di fatto" della legge n. 76/2016 dalla figura della "famiglia anagrafica" posta a tutt'altri fini dal d.P.R. n. 223/1989.

Benché non fondamentale, almeno secondo la Corte EDU, per la quale il fatto della (non-)convivenza non ha «di per sé alcuna incidenza sull'esistenza di una relazione stabile e sulla necessità che essa sia tutelata» (CORTE EDU, nella decisione sul caso *Oliari et al. c. Italia*, cit. *supra*, nota 1, punto 169; v. anche Grande Camera, 7 novembre 2013, ric. 29381/09 e 32684/09, *Vallianatos et al. c. Grecia*, reperibile su <http://hudoc.echr.coe.int>, secondo cui «the fact of not cohabiting does not deprive the couples concerned of the stability which brings them within the scope of family life within the meaning of Article 8»: punto 73), l'elemento della comunanza della dimora abituale dei partner, unitamente a quello della serietà e continuità del legame affettivo, è stato individuato dalla giurisprudenza interna, nel (precedente) silenzio del legislatore, tra gli indici in base ai quali identificare la convivenza "more uxorio" quale formazione sociale ove si svolge la personalità dell'individuo ai sensi dell'art. 2 Cost., e riconoscere, a seconda delle circostanze della fattispecie concreta, tutela ai suoi membri nei reciproci rapporti ovvero nei confronti di terzi. Al riguardo si v., senza pretesa di completezza, Corte cost., 13-18 novembre 1986, n. 237, in *G.U.*, 26 novembre 1986, n. 55, 1^a s.s.; Cass., 4 aprile 1998, n. 3503, in *Famiglia e diritto*, 1998, pp. 333-335, con nota di DE PAOLA V.; Cass. pen., 17 marzo 2010, n. 24688, in *Foro italiano*, 2011, parte II, col. 385; Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, cit. (nota 6); Cass., 20 giugno 2013, n. 15481, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, parte I, pp. 994-999, con nota di L. LENTI; Cass., 3 aprile 2015, n. 6855, cit. (nota 40).

un cosiddetto “contratto di convivenza”, di cui ai commi dal 50 al 64³⁰.

Dati i limiti di questo contributo, ci si soffermerà sulle statuizioni volte a regolare la relazione di coppia e le sue vicende, mentre solo marginalmente e ove opportuno saranno richiamate le previsioni che prendono in considerazione il rapporto affettivo quando esso sporge all'esterno. Tali, ad es., quelle concernenti la salute e le scelte da assumere in occasione della morte del partner (commi 39, 40, 41), la possibilità di essere nominati tutore, curatore o amministratore di sostegno dell'altra parte (comma 48; alinea 47 sulla domanda di interdizione, inabilitazione o amministrazione di sostegno), la risarcibilità del superstite in caso di morte del compagno causata dal fatto illecito di un terzo secondo i criteri stabiliti per il risarcimento del danno a favore del coniuge superstite (comma 49), la possibilità di accedere agli alloggi di edilizia popolare (comma 45), l'equiparazione del convivente alla posizione del coniuge nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario (comma 38)³¹.

Nella disciplina “basica” del rapporto tra i conviventi di fatto – la quale in diverse occorrenze riprende (a volte riformulandole) regole già esistenti nell'ordinamento positivo, oppure rappresenta la cristallizzazione legislativa di precetti di matrice pretoria – l'attenzione del legislatore si appunta su tre profili: quello relativo alla solidarietà economica tra i partner nel momento in cui il “ménage” viene meno (comma 65); quello, per molti versi collegato, riferito al diritto di abitazione nella casa familiare alla cessazione del rapporto o alla morte del compagno di vita (commi 42-44); quello, infine, pur esso riconducibile alla solidarietà patrimoniale, attinente alla tutela del convivente che presti in modo continuativo la propria attività nell'impresa dell'altro (comma 46).

Così, andando per ordine, il dovere di reciproca assistenza morale e materiale, che connota a tal punto la relazione affettiva da figurare nella stessa definizione di “convivenza di fatto”, in caso di rottura della relazione affettiva viene declinato –ad opera del giudice, inusualmente chiamato ad intervenire su un rapporto comunque non formalizzato– come obbligazione di prestare gli alimenti qualora l'ex convivente versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento. In tali casi, recita la

³⁰ Il comma 64 contiene una disposizione di diritto internazionale privato relativa alla legge applicabile ai contratti di convivenza, che non verrà presa in considerazione.

³¹ Più che una vera novità legislativa, la regola che riconosce al convivente di fatto del detenuto i medesimi diritti attribuiti al coniuge «nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario» appare una conferma dell'applicabilità anche ai conviventi “same-sex” delle previsioni della legge 26 luglio 1975, n. 354. In essa, infatti, il «convivente» è individuato, accanto al coniuge, tra i soggetti rispetto ai quali il detenuto in regime di sorveglianza particolare può mantenere il diritto a colloqui senza restrizioni (art. 14-quater), o nei confronti dei quali il detenuto può essere autorizzato ad effettuare visite in caso di gravi condizioni di salute (art. 21-ter), ovvero può inviare parte del peculio disponibile (art. 25).

legge, gli alimenti vengono assegnati dal giudice nella misura indicata all'art. 438 c.c., ossia in proporzione del bisogno di chi li domanda e delle condizioni economiche dell'obligato, senza che si possa superare quanto necessario alla vita dell'alimentando avuto riguardo alla sua posizione sociale. Tale inedito diritto alimentare dell'ex partner è peraltro circoscritto temporalmente, posto che il giudice, nel pronunciare sul se e sulla misura degli alimenti, ne fissa la durata "in proporzione" al tempo in cui si è protratta la convivenza. Un'altra previsione che contribuisce a far svaporare sensibilmente il senso solidaristico della norma in esame è poi quella che colloca l'ex convivente al penultimo posto nell'ordine delle persone tenute all'obbligo alimentare, prima soltanto dei fratelli e delle sorelle dell'avente diritto e dopo figli, genitori, generi e nuore di quest'ultimo³².

Andando al secondo punto, il diritto di abitazione, che ha rappresentato uno dei primi momenti di emersione della convivenza "more uxorio" nell'ordinamento italiano con il riconoscimento della sua rilevanza da parte dei giudici delle leggi³³, viene adesso garantito al convivente di fatto, il quale non abbia un autonomo diritto reale o personale che giustifichi la propria permanenza sull'immobile adibito a casa familiare, sia nell'eventualità della morte del compagno di vita, sia in caso di cessazione del "ménage". La disciplina della legge speciale in esame non si sovrappone a quella posta nel codice civile per l'assegnazione della casa familiare in caso di separazione, divorzio, rottura del rapporto affettivo di coppie con prole (art. 337-sexies), ma vale a coprire spazi finora privi di regolamentazione e riferiti alle convivenze senza prole e a quelle "same-sex", pur esibendo significative carenze, come quella derivante dall'assenza di meccanismi pubblicitari volti a rendere opponibile a terzi il diritto di abitazione del partner.

Pertanto, in base al comma 42, "in caso di morte del proprietario della casa di comune residenza il convivente di fatto superstite ha diritto di continuare ad abitare nella stessa per due anni o per un periodo pari alla convivenza se superiore a due anni e comunque non oltre i cinque anni". Spazio temporale

³² Rispetto al possibile concorso dell'ex convivente con le persone obbligate a prestare gli alimenti ai sensi dell'art. 433 c.c. non vanno considerati, ovviamente, il coniuge o la persona unita civilmente, il suocero e la suocera, dal momento che la legge n. 76/2016, come s'è visto, pone il requisito dello stato libero per i «conviventi di fatto».

³³ Cfr. Corte cost., 7 aprile 1988, n. 404, in *G.U.*, 13 aprile 1988, n. 15, 1^a s.s., che si è pronunciata sulla successione nel contratto di locazione di immobili urbani adibiti ad uso di abitazione, in seguito alla morte del conduttore, della persona a lui legata "more uxorio" nella stabile convivenza, nonché alla successione nel contratto di locazione al conduttore che abbia cessato la convivenza, a favore del già convivente quando vi sia prole naturale, «essendo la separazione tra i conviventi "more uxorio" soltanto una espressione metaforica che indica in realtà la estinzione del rapporto "more uxorio"». Si v. altresì Corte cost., 12-20 dicembre 1989, n. 559, in *G.U.*, 27 dicembre 1989, n. 27, 1^a s.s., con riferimento alla cessazione della stabile convivenza come causa di successione nell'assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica ovvero come presupposto della voltura della convenzione a favore del convivente affidatario della prole.

che in ogni caso non può essere inferiore a tre anni ove nella stessa casa abitino i figli minori o i figli disabili del convivente superstite. Il diritto si estingue anche prima del termine indicato qualora il titolare contragga matrimonio, dia vita ad un'unione civile, costituisca una nuova convivenza di fatto o comunque “cessi di abitare stabilmente nella casa di comune residenza” (alinea 43)³⁴.

In altre evenienze, l'interesse del partner a rimanere nella casa di abitazione viene tutelato sotto forma di diritto a succedere nel contratto di locazione stipulato dall'altro in qualità di conduttore. Ciò avviene in caso di morte del convivente e di recesso dello stesso dal contratto di locazione della casa di comune residenza: circostanza, quest'ultima, che sembra implicare la cessazione della convivenza³⁵.

Riguardo, infine, alla collaborazione del convivente all'impresa dell'altro, ove essa assuma carattere di stabilità e non venga prestata nel quadro di un rapporto di società o di lavoro subordinato, la legge n. 76/2016 contempla una disciplina che riprende, per così dire a ranghi ridotti, quella disposta a favore del coniuge (e della parte dell'unione civile) all'art. 230-bis del codice civile in tema di impresa familiare. L'art. 230-ter adesso introdotto nel tessuto codicistico attribuisce al convivente di fatto “che presti stabilmente la propria opera all'interno dell'impresa dell'altro” il diritto alla partecipazione “agli utili dell'impresa familiare ed ai beni acquistati con essi nonché agli incrementi dell'azienda, anche in ordine all'avviamento”, in misura corrispondente al lavoro prestato. La norma rappresenta la risposta legislativa alle istanze, più volte vagliate dalla giurisprudenza municipale³⁶, di tutelare il convivente di

³⁴ Nel silenzio del legislatore la posizione dei figli del partner deceduto viene regolata in base alle norme sulle successioni a causa di morte e, con riferimento al contratto di locazione, al disposto dell'art. 6 della legge 27 luglio 1978, n. 392 («Disciplina delle locazioni di immobili urbani»), il quale, com'è noto, contempla il diritto degli eredi, parenti e affini abitualmente conviventi con il conduttore a succedergli nel contratto in caso di sua morte.

³⁵ Tale previsione ricalca la disciplina sulla successione nel contratto di locazione di immobili urbani adibiti ad uso di abitazione contenuta all'art. 6 della l. 27 luglio 1978, n. 392, richiamato alla nota precedente, come risultante a seguito della sentenza n. 404/1988 della Consulta citata alla nota 46. In caso di morte del conduttore il convivente “*more uxorio*” va considerato tra coloro (coniuge, eredi, parenti ed affini con lui abitualmente conviventi) che hanno diritto a succedergli nella titolarità del contratto di locazione. Sempre sulla base delle statuizioni della Corte costituzionale, la successione (nel contratto di locazione) al conduttore che abbia cessato la convivenza va inoltre riconosciuta a favore del già convivente quando vi sia prole naturale.

³⁶ Per un'apertura all'applicabilità dell'art. 230-*bis* anche nei rapporti tra conviventi *more uxorio* cfr. Cass., sez. lav., 15 marzo 2006, n. 5632, in *Famiglia, persone e successioni*, 2006, pp. 995-1003, con nota di L. STOPPIONI; per la contraria affermazione che l'istituto dell'impresa familiare presuppone l'esistenza della famiglia fondata sul matrimonio e che la sua disciplina, di carattere eccezionale, è insuscettibile di applicazione analogica alla convivenza *more uxorio* si v. Cass., 29 novembre 2004, n. 22405, *Repertorio del Foro italiano*, 2004, voce «Famiglia (regime patrimoniale)», n. 77, col. 1182; e in precedenza Cass., 2

fatto equiparando la sua posizione a quella coniuge (e ora anche alla parte unita civilmente) in base alla disciplina dell'impresa familiare di cui all'art. 230-bis³⁷: ciò nel presupposto del superamento della presunzione di gratuità delle prestazioni lavorative in ambito familiare in quanto eseguite "benevolentiae vel affectionis causa", e della piena corrispondenza –in fatto– tra l'attività svolta dal coniuge e dal/la compagno/a di vita nella fattispecie considerata. Risposta affermativa, pertanto, ma non piena, visto che non viene riconosciuto al convivente "di fatto" che operi stabilmente nell'impresa dell'altro il diritto di partecipare alle decisioni più significative relative all'impresa familiare né il diritto di prelazione sull'azienda in caso di cessione. Diritti attribuiti, per converso, a tutti coloro che partecipano all'impresa familiare di cui all'art. 230-bis: non soltanto al coniuge o alla parte dell'unione civile, ma anche ai parenti entro il terzo grado ed agli affini entro il secondo.

VI. SEGUE: IL CONTRATTO DI CONVIVENZA.

Il secondo livello di tutela apprestato a favore dei "conviventi di fatto" è attivato, come accennato, da uno strumento – il contratto – cui tradizionalmente le coppie non formalizzate si affidano per dare regolamentazione al proprio rapporto, ottenendo per questa via tutela dall'ordinamento giuridico³⁸.

Sotto questo profilo la (principale) novità della legge consiste nel disciplinare il "contratto di convivenza" quale negozio familiare tipico e nel dettare talune prescrizioni che, per un verso, valgono ad attribuire specifiche garanzie alle parti, oltre a quelle già stabilite in via generale per la "convivenza di fatto", e, per altro verso, offrono visibilità esterna al rapporto di coppia prevedendo un peculiare regime di pubblicità del contratto e delle sue vicende.

I contorni della fattispecie negoziale in discorso non si stagliano, tuttavia, in maniera inequivoca. Da una parte, infatti, esso sembra deputato a intervenire soltanto in ordine ai profili patrimoniali del rapporto di coppia senza una funzione fondativa e regolativa della relazione affettiva in senso ampio (estesa, cioè, agli interessi personali e alle vicende esistenziali dei partner). In

maggio 1994, n. 4204, *Giurisprudenza italiana*, 1995, parte I, sezione 1, col. 844, con nota di L. BALESTRA.

³⁷ Sul punto sia consentito il rinvio a VENUTI, M.C.: "La disciplina dei rapporti patrimoniali nel d.d.l. Cirinnà", parte II del citato saggio ROMEO, F. e VENUTI, M.C.: "Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze", pp. 1004-1005 (ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici).

³⁸ Per un'analisi della questione nell'ordinamento previgente si rinvia a VENUTI, M.C.: "I rapporti patrimoniali tra i conviventi", in AA.VV.: *Le relazioni affettive non matrimoniali* (a cura di F. ROMEO), cit., pp. 263-347, spec. pp. 282-309.

questa direzione milita l'enunciato del comma 50, a mente del quale "i conviventi di fatto possono disciplinare *i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune*" con la "sottoscrizione", appunto, di un "contratto di convivenza"³⁹. E così pure le previsioni dei successivi commi 53 e 54, che, in ordine al contenuto, specificano che il contratto di convivenza può contemplare le modalità di contribuzione alle "necessità della vita in comune"⁴⁰, l'opzione per il regime patrimoniale della comunione dei beni "di cui alla sezione III del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile", ossia, com'è noto, la comunione legale (che qui singolarmente diventa regime "pattizio"), e, in un momento successivo, la modifica di tale regime patrimoniale⁴¹.

Dall'altra, il contratto di convivenza pare atteggiarsi come una sorta di patto di solidarietà, analogamente a quanto avviene, ad esempio, in Francia con il "pacte civil de solidarité" di cui agli artt. 515-1 e ss. del "Code civil", volto cioè a disciplinare in senso ampio e generale la vita in comune della coppia ("pour organiser leur vie commune"). Indici in tal senso sono costituiti dalla previsione del comma 53, lett. a), in cui si contempla l'indicazione della residenza come possibile contenuto del contratto di convivenza: elemento tutto sommato eccentrico rispetto all'ordinario contenuto del contratto, volto, com'è noto, a costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale tra le parti (art. 1321 c.c.). La sua presenza appare semmai riferibile all'esigenza di determinare, anche rispetto ai terzi, quel requisito della "stabile convivenza" individuato nell'ipotesi "basica" tramite la dichiarazione anagrafica. Segnali ancor più incisivi vengono dal divieto di apporre termini o condizioni al contratto di convivenza (comma 56): enunciato poco comprensibile se riferito al contratto "tout court" (v. art. 1353 e ss. c.c.) e che ricorda invece quello dell'art. 108 c.c., il quale esclude che gli sposi possano apporre termini e/o condizioni alla dichiarazione di prendersi in marito e moglie⁴². Ed ancora dalla norma (comma 57) che individua le cause di nullità – insanabile ed azionabile da chiunque vi abbia interesse – del contratto di convivenza⁴³ sulla base di condizioni soggettive

³⁹ E «altresì fissare la comune residenza». Sul punto v. *infra* nel testo.

⁴⁰ Che, analogamente alla posizione dei coniugi (art. 143 c.c.) e delle parti unite civilmente, si attesta in senso solidaristico «in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo».

⁴¹ La possibilità di rivedere in ogni momento la scelta del regime patrimoniale attraverso una modifica del contratto di convivenza è comunque subordinata all'osservanza dei requisiti prescritti a pena di nullità per la stipula del contratto, di cui si dirà.

⁴² L'assonanza con la disciplina del matrimonio viene ribadita dalla proposizione successiva secondo la quale l'eventuale termine o condizione inseriti dalle parti nel contratto di convivenza «si hanno per non apposti»: formula che riprende testualmente quella del capoverso dell'art. 108 c.c., che, dopo aver segnalato che l'aggiunta di termine o condizione da parte dei nubendi osta alla celebrazione del matrimonio da parte dell'ufficiale dello stato civile, stabilisce che «se ciò nonostante il matrimonio è celebrato, il termine e la condizione si hanno per non apposti».

⁴³ Oltre a quella per difetto di forma posta al comma 51, di cui si dirà *infra* nel testo.

delle parti (assenza di stato libero; mancanza dei requisiti stabiliti al comma 36 per la “convivenza di fatto”; minore età; interdizione giudiziale; condanna per omicidio consumato o tentato ai danni del coniuge dell’altro secondo quanto previsto all’art. 88 c.c.⁴⁴) che ricordano da vicino gli impedimenti al matrimonio e all’unione civile (artt. da 84 a 88 c.c.; commi 4 e 5 della legge). Condizioni soggettive che, nella disciplina generale del contratto, ove rilevanti (incapacità, minore età: artt. 1425 e 1426 c.c.), non determinano certo la nullità assoluta e totale del negozio, ma la assai meno devastante annullabilità, cui è collegata, come noto, la possibilità di convalida (art. 1444 c.c.).

Per finire, va segnalato come alcune delle cause di scioglimento del *contratto* – ossia matrimonio o unione civile tra uno dei conviventi ed un terzo; morte di uno dei contraenti –, meglio andrebbero inquadrare alla stregua di cause di scioglimento del *rapporto* di coppia, che poi riverberano sulla permanenza del contratto.

Al di là dell’inquadramento della fattispecie in discorso quale contratto in senso proprio ovvero quale negozio familiare, una serie di indici normativi fanno propendere per una lettura della figura in esame come fattispecie di ampia portata, il cui contenuto non va necessariamente limitato alla regolamentazione degli interessi patrimoniali della coppia nella fase fisiologica della relazione. Esso può, infatti, incidere – “in melius” – su aspetti del rapporto regolati dalla legge e riguardare anche l’eventuale rottura del rapporto affettivo, considerato pure nei profili esistenziali, per quanto negoziabili.

Tornando alla normativa in esame, non potendo, per le più volte richiamate esigenze di sintesi, soffermarci sui tanti interrogativi che essa pone all’interprete, l’attenzione va alle prescrizioni in tema di forma (e contenuto), e di pubblicità del contratto di convivenza. Quanto alla prima, la legge richiede, a pena di nullità, per la conclusione, per le modifiche e per le manifestazioni di volontà risolutiva di esso (recesso unilaterale o mutuo dissenso), l’atto pubblico o la scrittura privata con sottoscrizione autenticata. Innovando rispetto alla disciplina codicistica in tema di scrittura privata (art. 2703), è stabilito che all’autentica della sottoscrizione possa provvedere oltre che il notaio, l’avvocato⁴⁵. E, con previsione ancora più singolare, viene stabilito che il notaio o l’avvocato, che autenticano la sottoscrizione dei

⁴⁴ Qui peraltro, verosimilmente per un difetto di coordinamento con le previsioni in tema di unione civile, manca il riferimento alla corrispondente statuizione del comma 4, lett. d) della legge, che individua tra le cause impeditive della costituzione dell’unione civile tra persone dello stesso sesso «la condanna definitiva di un contraente per omicidio consumato o tentato nei confronti di chi sia coniugato o unito civilmente con l’altra parte».

⁴⁵ Tuttavia la competenza resta esclusivamente concentrata sul notaio nel caso in cui il contratto di convivenza (o modifiche successive) produca il trasferimento di diritti reali immobiliari: alinea 60.

contraenti, “attestano la conformità alle norme imperative e all’ordine pubblico” del contratto. Non potendoci soffermare sul valore e sull’efficacia di simile dichiarazione in presenza, ad esempio, di una o più clausole negoziali illecite perché contrasto con l’ordine pubblico o con le norme imperative⁴⁶ (vale a depurare il contratto dalla qualifica di illiceità pur se esso effettivamente esibisca simile contrarietà?), va rimarcato come tale adempimento aggravi non poco la posizione del notaio o dell’avvocato. Chiamati non solo ad accertare l’identità della persona che sottoscrive e ad attestare che la sottoscrizione è stata apposta in loro presenza, come stabilisce l’art. 2703 c.c., ma a dare una inedita patente di liceità al contratto, assumendo una responsabilità dai contorni incerti.

Quanto alla pubblicità, la legge contempla, ai fini dell’opponibilità del contratto di convivenza ai terzi, un congegno basato sull’iscrizione (di copia) del contratto all’anagrafe⁴⁷. Si tratta di una soluzione eccentrica rispetto al sistema attuale, posto che l’anagrafe è (stata finora) volta a documentare la consistenza numerica della popolazione residente nei diversi comuni e non va confusa con i registri dello stato civile, nei quali, invece, vanno annotati, per quel che qui rileva, gli estremi delle convenzioni matrimoniali stipulate dai coniugi (art. 162 c.c.) e dalle persone unite civilmente.

All’iscrizione all’anagrafe del contratto (verosimilmente dei suoi estremi), ai sensi del comma 52, il legislatore ha inteso assegnare la funzione di segnalare all’esterno la costituzione della stabile relazione affettiva tra i partner, allo stesso modo di quanto è previsto, a livello “basico”, per la “convivenza di fatto” con la registrazione della coppia come “famiglia anagrafica” di cui al comma 37. Nel caso del contratto di convivenza e delle sue vicende, le parti tramite questo congegno pubblicitario ottengono un guadagno in termini di tutela grazie a una maggiore riconoscibilità del loro rapporto. Nello stesso tempo ai terzi interessati è offerto un più ampio spettro di dati relativi alla regolamentazione degli interessi (personali e) patrimoniali della coppia, come riversata nell’accordo (o nell’atto unilaterale di recesso). Ciò è particolarmente significativo ove si ponga mente al fatto che uno dei principali contenuti dell’accordo è la scelta (o la modifica) del regime patrimoniale: il che ha rilevanti conseguenze pure per i creditori e gli aventi

⁴⁶ Non si comprende il mancato riferimento al buon costume.

⁴⁷ Il notaio che ha rogato l’atto, ovvero il notaio o l’avvocato che ha autenticato le sottoscrizioni, deve trasmetterne copia, nei dieci giorni successivi, al comune di residenza dei conviventi per l’iscrizione all’anagrafe ai sensi degli articoli 5 e 7 del regolamento anagrafico della popolazione residente di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223 (comma 52). Lo stesso deve fare rispetto all’atto contenente il recesso unilaterale di una delle parti dal contratto di convivenza (comma 61). Tace la legge circa l’atto di mutuo dissenso, che pure dev’essere posto in essere con le medesime prescrizioni di forma, a pena di nullità (commi 51 e 60): sembra che la lacuna vada colmata in via interpretativa estendendo anche a questa ipotesi la regola in tema di pubblicità.

causa dei due partner⁴⁸. La legge estende il regime di pubblicità del contratto di convivenza all'accordo risolutorio (mutuo dissenso) o all'atto unilaterale di recesso, onerando degli adempimenti relativi il notaio o l'avvocato. Costoro sono altresì tenuti a notificare all'anagrafe del comune di residenza dei conviventi copia del contratto sul quale, a seguito della morte di una delle parti, hanno provveduto ad annotare a margine dello stesso la sua risoluzione (comma 63)⁴⁹.

Infine, l'attenzione del legislatore si appunta sullo scioglimento del contratto di convivenza (commi da 59 a 63), delineandone le cause (alcune delle quali, come detto, sovrapponibili alla cessazione della relazione di coppia)⁵⁰, prescrivendo per talune ipotesi forma, pubblicità e contenuto necessario dell'atto eventualmente collegato, e individuando determinate ricadute sulla sfera giuridica degli ex compagni di vita.

Limitandoci agli atti negoziali – contratto o atto unilaterale –, merita di essere segnalata la particolare disciplina dettata per il recesso, il quale, laddove “la casa familiare sia nella disponibilità esclusiva” del suo autore, deve contenere, “a pena di nullità”, l'indicazione di un termine “non inferiore a novanta giorni, concesso al convivente per lasciare l'abitazione” (comma 61). È evidente l'intento del legislatore di tutelare con tale prescrizione il partner più debole, che subisce la decisione dell'altro di recidere il legame di coppia, assicurandogli – nell'ottica di un bilanciamento tra le opposte legittime pretese – la permanenza nella casa familiare per un tempo reputato idoneo a reperire altra adeguata sistemazione abitativa.

La regola codifica principi affermatasi nella giurisprudenza di legittimità sulla base del diritto comune⁵¹, ed è destinata a colmare un vuoto di tutela del

⁴⁸ Se le parti hanno scelto il regime di comunione (“legale”) dei beni, lo scioglimento del contratto per mutuo dissenso o per atto unilaterale di recesso determina automaticamente la cessazione della comunione e l'applicazione, per quanto compatibili, delle norme del codice civile sulla comunione legale dei beni (artt. da 177 a 197): comma 60.

⁴⁹ È da reputare che tale previsione vada analogamente applicata al caso di risoluzione del contratto a seguito del matrimonio o dell'unione civile di una delle parti con una terza persona (comma 59, lett. c), una volta che, come dispone il comma 62, al professionista sia stato notificato, a cura della parte, estratto dell'atto di matrimonio o di unione civile.

⁵⁰ Morte di una delle parti; matrimonio o costituzione di un'unione civile con altra persona (si tace, invece, dell'ipotesi dell'instaurazione di un nuovo legame affettivo con un terzo che possa assumere anche la consistenza di «convivenza di fatto» ai sensi del comma 36: fattispecie per la quale si richiede, come s'è visto, che le parti non siano coniugate o unite civilmente con terzi); matrimonio o costituzione di un'unione civile tra gli stessi contraenti (evenienza che, quindi, determina l'automatica caducazione dell'accordo tra i partner, pur se su alcuni profili del suo contenuto potrebbe perdurare la condivisione nonostante l'*upgrade* della relazione di coppia); mutuo dissenso; recesso unilaterale.

⁵¹ Ad es. Cass., 21 marzo 2013, n. 7214, *Famiglia e diritto*, 2013, pp. 649-652, con nota di C. GABBANELLI, ha affermato che la convivenza “more uxorio” determina sulla casa di abitazione ove si svolge e si attua il programma di vita in comune un “potere di fatto” del

convivente non titolare di un diritto di natura reale o personale sull'immobile in cui i partner avevano fissato la residenza comune e in cui si è svolta la vita di coppia, ovviamente però solo nell'ipotesi in cui le parti abbiano siglato un "contratto di convivenza" che viene adesso sciolto. Analoga esigenza non sembra presentarsi – stando al silenzio del legislatore sul punto – nell'ipotesi in cui le parti regolino in via pattizia il venir meno del rapporto e quindi verosimilmente disciplinino convenzionalmente gli aspetti personali e patrimoniali connessi alla fine del "ménage". A tutela della parte debole, tuttavia, meglio avrebbe fatto il legislatore a contemplare una disposizione analoga nel contenuto all'accordo simulatorio.

Ancora diversa è l'eventualità in cui la coppia abbia dei figli minori o maggiorenni portatori di handicap, applicandosi in questo caso gli artt. 337-sexies e 337-septies del codice civile relativi all'assegnazione della casa familiare e alla tutela dei figli maggiorenni delle coppie anche non coniugate in caso di cessazione del "ménage".

VII. RIFLESSIONI CONCLUSIVE.

Nel chiudere questa disamina, esclusa qualsiasi valutazione in chiave di politica del diritto del testo scrutinato, possono prospettarsi alcune delle questioni che il nuovo intervento legislativo schiude all'interprete.

In via generale va osservato che la legge sulla regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e la disciplina delle convivenze colma il vuoto di tutela segnalato dalla Corte EDU e dalla stessa giurisprudenza italiana ai livelli più elevati⁵² con specifico riferimento all'esigenza di dare adeguata copertura legislativa alle coppie "same-sex" che aspirano alla formalizzazione del loro rapporto e a una trama di norme volte a

partner non proprietario o non titolare di altro diritto reale o personale di godimento sull'immobile, basato su un interesse proprio, diverso da quello che deriva dalla mera ospitalità. Pertanto la sua estromissione violenta o clandestina dall'abitazione familiare giustifica il ricorso alla tutela possessoria nei confronti dell'altra parte e la concessione di termine congruo per reperire altra sistemazione. Lo stesso vale, secondo Cass., 2 gennaio 2014, n. 7, *Giurisprudenza italiana*, 2014, p. 31, con nota di M. AURELI, se autore dello spoglio sia un soggetto terzo. Nel medesimo senso si è espressa Cass., 15 settembre 2014, n. 19423, in massima in *Responsabilità civile e previdenza*, 2014, pp. 2052-2053, se autore dello spoglio è l'erede del proprietario, sostenendo che costui non è legittimato ad estromettere con violenza o clandestinità dall'abitazione chi non poteva esserne estromesso dallo stesso "de cuius". Sulla situazione antecedente alla legge in commento sia consentito il rinvio a VENUTI, M.C.: "I rapporti patrimoniali tra i conviventi", cit., pp. 274-282. Cfr. altresì MADONIA, C.: "Diritto abitativo e convivenza 'more uxorio'", *Diritto di famiglia e delle persone*, 2015, pp. 1531-1549.

⁵² V. le decisioni della Corte costituzionale n. 138/2010 e della Corte di cassazione n. 4182/2012 richiamate in precedenza (nota 6).

configurarne lo statuto giuridico. Esso vale altresì a confermare la rilevanza per l'ordinamento delle unioni affettive stabili, etero ed omosessuali, già emersa nel tessuto normativo (ma) in modo puntiforme, e consolidata nel diritto vivente, (ri)formulando in modo più organico e traendo dal "particolare" delle statuizioni giudiziali la disciplina della relazione tra i partner anche quando sporge all'esterno.

Seguendo la bipartizione – unioni civili tra persone dello stesso sesso/convivenze di fatto – adottata nell'articolato legislativo, una delle questioni che si pongono all'interprete, come già accennato, è quella concernente la completezza della disciplina in tema di unioni civili e la difficoltà di colmare le eventuali lacune richiamando analogicamente la normativa sul matrimonio. Ciò al cospetto della problematica formulazione del comma 20 della legge, e della difficoltà di individuare nell'ordito normativo il criterio che ha orientato il legislatore nel porre assimilazioni e cesure tra unione civile tra persone dello stesso sesso e coniugio.

Un altro dei temi sui quali verosimilmente si appunterà la riflessione dei giuristi, teorici e pratici, a fronte dell'approccio dualistico consacrato dalla legge negli istituti del matrimonio e dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, attiene all'adeguatezza della nuova disciplina a dare un'efficace risposta al bisogno di tutela dei soggetti interessati in coerenza con i principi costituzionali di salvaguardia dei diritti fondamentali della persona nell'attuale sistema multilivello di fonti. In primo luogo, ad esempio, se i limiti posti alle coppie omoaffettive unite civilmente e le differenze rispetto a quelle eterosessuali coniugate superino lo scrutinio di ragionevolezza e quello di compatibilità con il principio di non discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale; ovvero se i beni della vita di volta in volta in questione si mostrino cedevoli rispetto ad altre superiori istanze di tutela.

Sul versante delle "convivenze di fatto", la relazione affettiva seria e durevole si attesta definitivamente oltre la soglia dell'indifferente giuridico e viene tutelata in pari modo prescindendo dall'orientamento sessuale dei suoi componenti. La diversa intensità di protezione che viene offerta alle coppie di conviventi "di fatto" è da ricondurre non al diverso orientamento di genere delle coppie, bensì alla scelta di dare maggiore certezza (e visibilità) al rapporto tramite la conclusione di un "contratto di convivenza", figura ora tipizzata dal legislatore.

Guardando problematicamente alla trama di regole contenuta nella legge, una questione emergente appare quella dell'inquadramento del "contratto di convivenza", la cui disciplina esibisce più di una disarmonia. Le cause di nullità e i limiti formali e contenutistici sopra ricordati lo rendono più vicino ad un negozio familiare nel senso stretto del termine che non a un contratto eminentemente deputato alla regolazione degli interessi patrimoniali della

coppia nella fisiologia della relazione affettiva, come invece risulta dagli enunciati normativi. Per inciso, la tipizzazione conseguita ne fa paradossalmente strumento poco “appealing” ai suoi destinatari, proprio in un ambito in cui l’autonomia privata dovrebbe godere di ampi spazi e agilità di manovra. Mentre resta il dubbio – ma sarà il diritto vivente a confermare o smentire l’assunto – che i silenzi del legislatore lascino troppo spazio alla capacità del singolo partner di far prevalere i propri interessi su quelli dell’altro senza le opportune contromisure. In altri termini, che in una dinamica largamente dominata dal fatto le fragilità della parte debole del “ménage” non trovino, da parte dell’ordinamento, adeguata salvaguardia in occasione delle diverse situazioni di criticità che la relazione di coppia può esperire.

BIBLIOGRAFIA

AULETTA, T.: “Modelli familiari, disciplina applicabile e prospettive di riforma”, *Nuove leggi civili commentate*, 2015, pp. 615-640.

AA.VV.: *Le relazioni affettive non matrimoniali* (a cura di F. ROMEO), Utet Giuridica, Milano, 2014.

AA.VV.: “Le unioni civili e la *stepchild adoption*”, *Famiglia e diritto*, 2016, Supplemento speciale.

CAMARDI, C.: “Diritti fondamentali e *status* della persona”, *Rivista critica del diritto privato*, 2015, pp. 7-54.

CASABURI, G.: “Il Sillabo delle Unioni Civili: giudici, etica di stato, obblighi internazionali dell’Italia”, www.articolo29.it.

DANOVI, F.: “Crisi della famiglia e giurisdizione: un progressivo distacco”, *Famiglia e diritto*, 2015, pp. 1043-1052.

FERRANDO, G.: *Il matrimonio*, 2 ed., nel *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da Cicu, Messineo, Mengoni, continuato da Schlesinger), Giuffrè, Milano, 2015.

FERRANDO, G.: “Le unioni civili. La situazione in Italia alla vigilia della riforma”, www.juscivile.it, 2016, 3.

GATTUSO, M.: “Orientamento sessuale, famiglia, eguaglianza”, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, parte II, pp. 584-598.

GATTUSO, M.: “Le Unioni civili in mare aperto: ecco il progetto di legge che

andrà in Aula in Senato”, www.articolo29.it.

IORIO, G.: “Il disegno di legge sulle “unioni civili” e sulle “convivenze di fatto”: appunti e proposte sui lavori in corso”, *Nuove leggi civili commentate*, 2015, pp. 1014-1029.

LENTI, L.: “Prime note in margine al caso *Oliari c. Italia*”, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, parte II, pp. 575-581.

LENTI, L.: “La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura”, www.juscivile.it, 2016, 4.

LORELLO, L.: *Coppie omosessuali e tutela costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2015.

MADONIA, C.: “Diritto abitativo e convivenza ‘more uxorio’ ”, *Diritto di famiglia e delle persone*, 2015, pp. 1531-1549.

PALMERI, G.: “La famiglia omosessuale: linee di tendenza e prospettive”, in AA.VV., *Le relazioni affettive non matrimoniali* (a cura di F. Romeo), Utet Giuridica, Milano, 2014, pp. 45-108.

PALMERI, G.: “Riflessioni a margine della pronuncia della Corte di appello di Torino 4 dicembre 2014 in tema di trascrizione dell’atto di nascita formato all’estero in seguito a pma”, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, parte II, pp. 241-257.

PALMERI, G. e VENUTI, M. C.: “L’inedita categoria delle unioni affettive con vissuto giuridico matrimoniale. Riflessioni critiche a margine della sentenza della Corte costituzionale 11 giugno 2014, n. 170 in materia di divorzio del transessuale”, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, parte II, pp. 553-566.

PALMERI, G. e VENUTI, M.C.: “La trascrivibilità del matrimonio tra identità personale e circolazione dello status coniugale”, *GenIUS*, 2015, fasc. 2, pp. 92-102.

RABBONI, L.: “Unioni civili e adozione: l’insidia di una questione nominalistica”, *Minorigiustizia*, 2015, fasc. 4, pp. 114-124.

ROMBOLI, R.: “La legittimità costituzionale del “divorzio imposto”: quando la corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice”, *Foro italiano*, 2014, I, col. 2680.

ROMEO, F. e VENUTI, M.C.: “Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e

- disciplina delle convivenze”, *Nuove leggi civili commentate*, 2015, pp. 971-1013.
- SCHILLACI, A.: “Pensione di reversibilità e coppie omosessuali: quadro comparativo”, *Osservatorio costituzionale*, giugno 2015.
- SCHUSTER, A.: “L’adozione cogenitoriale per le unioni civili: soluzione doverosa, ma insufficiente”, *Minorigiustizia*, 2015, fasc. 4, pp. 125-133.
- SEGNI, M.: “La disciplina dell’omosessualità: Italia ed Europa a confronto”, *Famiglia, Persone e Successioni*, 2012, pp. 252-258.
- SEGNI, M.: “Unioni civili: non tiriamo in ballo la Costituzione”, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, parte II, pp. 707-715.
- TRIMARCHI, M.: “Il disegno di legge sulle unioni civili e sulle convivenze: luci e ombre”, www.juscivile.it, 2016, 1.
- UNIONE GIURISTI CATTOLICI ITALIANI, “Comunicato sul riconoscimento delle unioni civili e la *stepchild adoption*”, *Iustitia*, 1/2016, pp. 39-40.
- VENUTI, M.C.: “Coppie sterili o infertili e coppie “same-sex”. La genitorialità negata come problema giuridico”, *Rivista critica del diritto privato*, 2015, pp. 259-295.
- VERONESI, P.: “Un’anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”: il “caso Bernaroli” nella sentenza n. 170/2014”, *Studium Iuris*, 2014, pp. 1146-1156.
- VITUCCI, M.C.: *La tutela internazionale dell’orientamento sessuale*, Jovene, Napoli, 2012.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO DE LAS
RELACIONES FAMILIARES EN ESPAÑA

LIABILITY IN THE SPHERE OF FAMILY RELATIONSHIPS IN SPAIN

DR. DR. JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valencia (España)
J.Ramon.de-Verda@uv.es

PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
Becario de investigación F.P.U. en el Departamento de Derecho Civil
Universidad de Valencia (España)
Pedro.Chaparro@uv.es

RESUMEN: En el presente artículo se aborda la delicada cuestión de la responsabilidad civil en las relaciones familiares, haciendo especial hincapié en aquella derivada del incumplimiento de los deberes conyugales, de entre los cuales destaca sobremanera el supuesto de la infidelidad.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil; familia; daño moral; promesa de matrimonio; incumplimiento deberes conyugales; lesión del derecho a la intimidad; infidelidad.

ABSTRACT: In this paper the sensitive issue of liability in family relationships is discussed, with particular emphasis on the liability regarding the breach of marital duties, especially, the case of infidelity.

KEY WORDS: Liability; family; moral damage; promise of marriage; breach of marital duties; injury of right to privacy; infidelity.

FECHA DE ENTREGA: 25/03/2016/FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/05/2016.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. LA RUPTURA DE LA PROMESA DE MATRIMONIO.- 1. Fundamento de la obligación resarcitoria.- 2. Requisitos de la obligación resarcitoria.- 3. Legitimación procesal.- 4. Los obligados al resarcimiento.- 5. El daño resarcible.- III. LA CAUSACIÓN DOLOSA O NEGLIGENTE DE LA NULIDAD MATRIMONIAL.- IV. EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONYUGALES.- 1. Nuestra posición general sobre la cuestión del resarcimiento del daño moral.- 2. La lesión del derecho fundamental a la intimidad.- 3. El supuesto de la infidelidad.- V. OBSTACULIZACIÓN DE LAS RELACIONES DEL OTRO PROGENITOR CON LOS HIJOS COMUNES.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Tradicionalmente la responsabilidad civil ha sido una institución extraña al ámbito familiar¹, lo cual encontraba sentido en el marco de una familia de tipo patriarcal, donde el padre y marido ostentaba la jefatura de la misma, por lo que la injerencia del Estado en ella era mínima².

Sin embargo, a medida que la familia evoluciona y que el modelo patriarcal se sustituye por otro, basado en el principio de igualdad de los cónyuges y en el de titularidad y ejercicio conjunto de la patria potestad, la intervención de los Tribunales, para asegurar la efectividad de dicho principio, así como el respeto de los derechos fundamentales e intereses legítimos de los miembros de la familia, parece inevitable³.

Según observa la Sentencia de la Corte de Casación italiana 10 mayo 2005⁴, se asiste a un tránsito de la “familia institución” a la “familia comunidad”, configurada, no ya, como un lugar de compresión y mortificación de

¹ Señala BOSQUES HERNÁNDEZ, G. J.: “Comentario a la STS de 30 de junio de 2009”, *CCJC*, núm. 83/2010, p. 902, que “Son los vínculos de solidaridad y altruismo ligados a un deber de tolerancia intrafamiliar lo que ha servido de escudo, para evitar la entrada de las reclamaciones jurídicas en el ámbito familiar”.

² CARBONE, E.: “Réquiem per un’immunità: violazione dei doveri coniugali e responsabilità civile”, *Giur. it.*, 2006, abril, c. 700, habla de la existencia de una costumbre de sacrificar los derechos individuales a una malentendida paz doméstica, como un triunfo del “mos” respecto del “ius”, situando la inmunidad aquiliana entre cónyuges en el marco de un planteamiento, más amplio, de intentar preservar el enclave doméstico de la invasión del Derecho estatal.

³ VARGAS ARAVENA, D.: *Daños civiles en el matrimonio*, La Ley, Madrid, 2009, p. 29, observa, así, que “el hecho de que el daño se produzca entre sujetos pertenecientes a una familia no es obstáculo para la común aplicación de la normativa de responsabilidad civil”, si bien este autor entiende que la vía para pedir el resarcimiento debe ser, no el art. 1902 CC (como nosotros pensamos), sino los arts. 1101 y ss. CC.

⁴ Cass. Civ. 10 mayo 2005 (*Giur. it.*, 2006, abril, c. 693).

derechos irrenunciables, sino como sede de autorrealización y desarrollo personal, marcada por el recíproco respeto e inmune a cualquier distinción de roles, en cuyo ámbito sus componentes conservan sus connotaciones esenciales y reciben reconocimiento y tutela, antes que como cónyuges, como personas. Y añade: por tanto, el respeto de la dignidad y de la personalidad de cada miembro del núcleo familiar asume la connotación de un derecho inviolable, cuya lesión por parte de otro componente de la familia, así como por parte de un tercero, constituye el presupuesto lógico de la responsabilidad civil, no pudiendo considerarse, claramente, que los derechos definidos como inviolables reciban distinta tutela según que sus titulares se coloquen, o no, en el interior de un contexto familiar.

La jurisprudencia constitucional española ha puesto de manifiesto reiteradamente la conexión entre libertad nupcial y el principio de libre desarrollo de la personalidad consagrado en el art. 10.1 CE. Por ejemplo, el ATC 156/1987, de 11 de febrero de 1987 (RTC 1987, 156 AUTO), afirma que “la libertad de opción entre el estado civil de casado o de soltero es uno de los derechos fundamentales más íntimamente vinculados al libre desarrollo de la personalidad, considerado por la Constitución fundamento del orden político y de la paz social”; y la STC 184/1990, de 15 de noviembre de 1990 (RTC 1990, 184), reitera la misma idea, afirmando que “la posibilidad de optar entre el estado civil de casado o el de soltero está íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)”.

Las leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, que operaron una de las más profundas reformas del Derecho de familia en nuestro Ordenamiento jurídico, tienen, sin duda, un hilo conductor, consistente en la “personalización” del matrimonio.

Las referidas leyes, en efecto, hacen jugar al principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el art. 10.1 de la CE, una importancia hasta ahora desconocida. Acentúan, así, la función del matrimonio como un medio de desarrollo de la personalidad de los cónyuges, en detrimento de su carácter de institución social, cuya estabilidad se ha considerado, desde siempre, un valor social, lo que ha estado en estrecha relación con la conexión de la institución matrimonial con la procreación y educación de los hijos; y de ahí la exigencia del requisito de la heterosexualidad de los contrayentes.

Las propias Exposiciones de Motivos de las leyes ponen de manifiesto esta idea.

Así, la de la Ley 13/2005, con el fin de justificar la supresión del requisito de la heterosexualidad, permitiendo, así, los matrimonios entre personas del mismo sexo, se refiere a la exigencia del “establecimiento de un marco de

realización personal que permita que aquéllos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad”.

Por su parte, la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, en orden a explicar el nuevo sistema de divorcio, basado en la pura voluntad de cualquiera de los cónyuges de disolver el matrimonio, y desconectado de cualquier idea de culpa, afirma que “se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculada con su cónyuge”.

En definitiva, la condición de miembro de una familia no puede servir como criterio de exención de responsabilidad de los daños causados en la misma, lo que nos parece especialmente evidente en el caso de los cónyuges, desde el momento en que la legislación actual acentúa la consideración del matrimonio como un medio al servicio del desarrollo de la personalidad de los contrayentes.

No obstante lo dicho, el principio de responsabilidad civil va, poco a poco, impregnando el ordenamiento jurídico español, en los distintos ámbitos familiares.⁵

II. LA RUPTURA DE LA PROMESA DE MATRIMONIO.

La jurisprudencia ha revitalizado un precepto que parecía muerto. Nos referimos al art. 43 CC.

El art. 42 CC niega a la promesa de matrimonio el carácter de fuente de la obligación de contraerlo. Dice, así, que “La promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiera estipulado para el supuesto de su no celebración”. Añadiendo, además, que “No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento”. No obstante, el art. 43 del referido cuerpo legal afirma que “El incumplimiento, sin causa, de la promesa cierta de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado sólo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en

⁵ Para una visión de conjunto sobre el tema, con recientes aportaciones sobre la materia, puede verse DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador) y otros: *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, “Monografías de la Revista de Derecho Patrimonial”, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, así como SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a. B. y PÉREZ VALLEJO, A. M^a.: *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamentos para su reclamación*, Comares, Granada, 2012.

consideración al matrimonio prometido”. Añade, además, que “Esta acción caducará al año contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio”.

1. Fundamento de la obligación resarcitoria.

Ante todo, debemos precisar nuestra posición sobre la naturaleza jurídica de la naturaleza de la promesa de matrimonio y sobre el fundamento de la obligación resarcitoria establecida por la norma⁶.

A nuestro parecer, la promesa no puede considerarse un contrato especial o un negocio de Derecho de familia, porque, como ya dijimos, la libertad nupcial impide asumir mediante un negocio jurídico la obligación de contraer futuro matrimonio, al ser aquélla un principio de orden público que no puede ser derogado por actos de autonomía privada.

Del art. 42 CC resulta, con total claridad, que los esponsales no son vinculantes en el plano jurídico, porque no obligan a los promitentes a contraer matrimonio, ni tampoco a cumplir lo que se hubiera estipulado para el caso de su no celebración. Por otro lado, es evidente que los efectos resarcitorios determinados por el art. 43 CC, para el caso de ruptura sin justa causa, no son los queridos por los novios, cuando se prometen (recuérdese que la esencia del negocio jurídico radica en ser una declaración de voluntad a la que el Derecho atribuye efectos jurídicos en la medida en que son queridos por el o los declarantes).

¿Por qué, entonces, en virtud del art. 43 CC, el promitente que incumple, sin justa causa, la promesa cierta de matrimonio debe resarcir al promisario de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en atención al matrimonio proyectado?

⁶ En la doctrina científica española existen importantes aportaciones sobre la materia. Véase, así, ORTEGA PARDO: “La ruptura de los esponsales en el derecho español vigente”, *RGLJ*, tomo IX (177 de la colección), junio de 1946, 1945, p. 628; ya, con posterioridad a la reforma operada por la Ley 30/1981, de 7 de julio, BADOSA COLL, F.: “Comentarios a los arts. 42-43 CC”, en *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, Tecnos, vol. I, Madrid, 1984, pp. 99-117; DELGADO ECHEVERRÍA, J.: “Comentario al art. 43 CC”, en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil* (coord. por J. L. LACRUZ BERDEJO), Civitas, 2ª edición, Madrid, 1994, pp. 45-59; *IDEM*, “Comentario al art. 43 CC”, *Ibidem*, pp. 45-59; y, más recientemente, CARRIÓN OLMOS, S.: “Promesa de matrimonio y resarcimiento de daños”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador) y otros: *Daños en el Derecho de familia*, “Monografías de la Revista de Derecho Patrimonial”, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 117-146; VARGAS ARAVENA, D.: *Daños civiles*, cit., pp. 47-95.

En nuestra opinión, esta disposición tiene como finalidad tutelar la confianza legítimamente suscitada por la promesa (respecto a la celebración del matrimonio), en consideración a la cual quien la recibe realiza, de buena fe, gastos o asume obligaciones a los que la ruptura convierte en inútiles: una cosa es que se tenga libertad para apartarse de la promesa (la decisión de casarse es libre) y otra, bien diversa, es que, en caso de ruptura (sin causa) de aquélla, no se deba responder por la lesión culpable de la confianza suscitada por los propios actos o declaraciones.

Por lo tanto, con el incumplimiento de la promesa de matrimonio, pasa algo semejante a lo que acontece con la ruptura de los tratos preliminares: no cabe duda de que, si alguien entra en negociaciones con otro, puede apartarse de ellas, sin que esté obligado a concluir el contrato de cuya celebración se trataba (a ello se opone el principio de autonomía privada); ahora bien, si se comporta de mala fe, rompiendo las negociaciones de manera arbitraria o intempestiva, debe resarcir a la persona perjudicada el interés contractual negativo (en este caso, por aplicación del art. 1902 CC).

No obstante, hay que reconocer que el art. 43 CC llega a una solución que armoniza el principio de tutela de la confianza con el de libertad nupcial, el cual quedaría desvirtuado, si la negativa a cumplir la promesa produjera consecuencias patrimoniales tan gravosas, que el promitente se viera constreñido a contraer matrimonio para escapar al pago de una indemnización cuantiosa.

Ello explica la limitación del importe máximo de la indemnización a los conceptos que la propia norma determina (gastos hechos y obligaciones contraídas en atención al matrimonio), cerrando la posibilidad de que el promisorio pueda pedir el resarcimiento de otros daños (al menos, patrimoniales), como, por ejemplo, el consistente en la pérdida del estado civil de casado o de la posibilidad de haberse podido contraer otro matrimonio.

2. Requisitos de la obligación resarcitoria.

La obligación resarcitoria presupone el incumplimiento, sin causa, de una promesa cierta de matrimonio, hecha por un mayor de edad o por un menor emancipado.

a) A nuestro parecer, el carácter cierto de la promesa tiene una doble significación.

De un lado, exige la existencia de un propósito serio de contraer matrimonio en un periodo razonable, sin que sea suficiente una pura relación de noviazgo

entre dos personas, las cuales se representen el futuro matrimonio como una pura hipótesis, pendiente de ulterior concreción. De otro lado, la certeza significa que la promesa debe ser probada, prueba que puede realizarse por cualquiera de los medios admitidos en Derecho⁷.

b) No todo incumplimiento de la promesa de matrimonio origina el nacimiento de la obligación resarcitoria, sino, tan sólo, el incumplimiento de aquella “sin causa”.

En la redacción originaria del art. 43 CC se decía “sin justa causa”, calificativo que desapareció tras la reforma operada por la Ley 30/1981, de 7 de julio.

La locución legal “sin causa” plantea un problema exegético. Desde luego, hay que excluir un criterio interpretativo meramente subjetivo, que identifique la “causa” con los puros móviles internos del sujeto que incumple, pues, si así fuera, el nacimiento de la obligación resarcitoria sería ilusorio.

Creemos que se impone una interpretación objetiva de la locución legal “sin causa”, conforme a la cual hay que excluir la obligación de resarcir, cuando la ruptura sea consecuencia de un cambio sobrevenido de circunstancias (por ejemplo, padecimiento de una enfermedad grave o pérdida del trabajo y, en consecuencia, de la posibilidad de obtener ingresos que permitan mantener una familia) o del conocimiento posterior de una cualidad negativa del otro promitente, que, según los valores generalmente aceptados o imperantes en el ambiente o círculo social al que pertenecen los novios, hagan razonable apartarse del inicial propósito de contraer matrimonio⁸.

c) El art. 43 CC exige que la promesa sea realizada por persona mayor de edad o por menor emancipado.

No es éste un requisito de capacidad, ya que, como se ha dicho antes, la

⁷ La STS 16 diciembre 1996 (RJ 1996, 9020) dedujo la existencia de una promesa cierta de matrimonio de la circunstancia de que se había incoado el oportuno expediente previo y se había fijado un día concreto para la celebración de la boda.

⁸ La SAP Sevilla 30 enero 2001 (JUR 2001, 194405) entendió que, a pesar de que no había quedado probada la ruptura de la promesa matrimonial, el apartamiento de aquella no habría sido arbitrario o injustificado, al exigir la actora como garantía para el matrimonio que el demandado otorgara testamento a su favor. En este sentido, señala la sentencia que “la única posible causa mediata o indirecta de la ruptura que se puede considerar acreditada es una exigencia de la actora extraña al compromiso matrimonial, por lo que sería esta conducta de condicionar el matrimonio al otorgamiento de testamento, imputable exclusivamente a la actora, la que motivó al demandado a apartarse de su celebración”. La SAP Ciudad Real 3 mayo 2005 (JUR 2005, 113247) consideró una agresión a la demandada como causa suficiente para romper la promesa de matrimonio, ya que es claro que “el haber sido víctima de una agresión por parte de quien iba a ser su marido, es causa suficiente, motivada y legítima, para romper la promesa de matrimonio, con lo cual no se da el requisito que exige el art. 43 del CC del incumplimiento sin causa”.

promesa de matrimonio no es un negocio jurídico. Ahora bien, para que el incumplimiento de aquélla pueda dar lugar al reembolso de los gastos efectuados, es necesario que sea capaz de suscitar en quien la recibe la confianza de que se va a cumplir y no parece que pueda suscitar dicha confianza la promesa hecha por quien, por su edad temprana, carece de las condiciones de madurez necesarias como para comprometerse.

3. Legitimación procesal.

En torno a la legitimación para ejercitar la acción de responsabilidad, cabe hacer las siguientes precisiones.

En primer lugar, el art. 43 CC concede legitimación a la parte cuya confianza en la celebración de las nupcias quiebra, como consecuencia de la negativa, sin causa, de la otra, a cumplir la promesa de matrimonio. Sin embargo, la jurisprudencia también concede acción resarcitoria al promitente que incumple la promesa de matrimonio, pero, por una causa imputable al otro, solución ésta, expresamente consagrada por el art. 81 CC italiano, que sujeta a responsabilidad, no sólo al promitente que, sin justo motivo, se niega a cumplir la promesa de matrimonio, sino también al promitente que, con su propia culpa, ha dado justo motivo al otro para negarse a celebrar el matrimonio⁹.

En segundo lugar, la legislación española no contempla que personas distintas a los propios promitentes, como, por ejemplo, los padres y otros familiares de éstos, puedan reclamar el reembolso de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en razón del matrimonio proyectado, lo que no parece excesivamente justo, ya que, en numerosas ocasiones son ellos quienes desprendidamente realizan una serie de gastos que, en principio, debieran ser satisfechos por los promitentes.

En cualquier caso, la SAP Sevilla 8 mayo 2003 (JUR 2003, 267751) admitió la eficacia de la reclamación por parte de los padres de la novia de los gastos efectuados en consideración al matrimonio, señalando que “los padres de Natalia tienen legitimación activa para ejercitar la pretensión procesal, ya que se obligaron de forma solidaria al pago del crédito recibido, junto a su hija y al novio de ésta en el momento de la firma de la escritura pública, y para que el crédito fuese concedido hipotecaron su propia vivienda, donde habitaban”, lo que implica, a juicio del tribunal, que no existía ánimo de lucro en los padres de Natalia, habida cuenta que hipotecan su propia casa para la felicidad de su hija.

Desde luego, queda siempre a salvo la posibilidad de que dichos padres o

⁹ V. en este sentido SAP Almería 24 octubre 1994 (AC 1994, 2380).

familiares puedan hacer valer la ineficacia de las donaciones que hubieran hecho a los promitentes, en razón del matrimonio no celebrado (art. 1342 CC), y, así mismo, podrán, en su caso, acudir a la acción de enriquecimiento cuando se den los requisitos a los que la jurisprudencia subordina su ejercicio¹⁰

4. Los obligados al resarcimiento.

Del art. 43 CC, tal y como resulta de la interpretación que del precepto realiza la jurisprudencia, se deduce que el obligado al resarcimiento es el promitente, que, sin causa, incumple la promesa de matrimonio, así como el que, con su conducta, da motivo razonable a la otra parte para que ésta rehúse la celebración del matrimonio.

Por lo tanto, en virtud del art. 43 CC, no se puede demandar a terceras personas, distintas de los promitentes, el reembolso de desplazamientos patrimoniales realizados a su favor, que tuvieran su causa en el matrimonio proyectado, aunque siempre cabrá la posibilidad de acudir a la doctrina del enriquecimiento injusto para obtener el oportuno resarcimiento¹¹.

5. El daño resarcible.

El art. 43 CC fija, con toda claridad, cuál es el alcance de la obligación resarcitoria, la cual comprende “sólo”, “los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido”.

La expresión “sólo” indica claramente que estamos ante una norma de carácter restrictivo, que, en aras de la protección de la libertad nupcial, reduce drásticamente el daño resarcible, que queda limitado a los “gastos hechos” y a las “obligaciones contraídas”, que, como expone la STS 16 diciembre 1996 (RJ 1996, 9020), guarden “una relación de causalidad directa” con la promesa de matrimonio.

Parece prudente aplicar la solución del § 1298 *BGB*, que prevé que los daños resarcibles han de ser razonables en atención a las circunstancias, como también el art. 81.I CC italiano, según el cual sólo serán resarcibles aquellos gastos u obligaciones que sean proporcionados a las condiciones de los promitentes.

a) Son gastos indemnizables los hechos en consideración al matrimonio

¹⁰ V. en este sentido SAP Huelva 14 enero 1998 (AC 1998, 2720).

¹¹ V. en este sentido STS 27 marzo 1958 (RJ 1958, 1456).

proyectado, los cuales quedan sin utilidad, dada la negativa del promitente a celebrarlo. Es decir, únicamente se indemnizan aquellos gastos que, de no haber mediado la promesa incumplida, no se habrían realizado. No se indemnizan, en cambio, aquellos otros gastos que, aunque aparezcan vinculados al matrimonio, pudieran tener utilidad con independencia de la celebración de aquél¹².

b) No sólo son indemnizables los gastos hechos, sino también las “obligaciones contraídas en consideración al matrimonio proyectado”. En este sentido la SAP Almería 24 octubre 1994 (AC 1994, 2380) consideró una obligación indemnizable el importe de los intereses del préstamo personal solicitado por la demandada para contribuir al pago del precio del piso donde los litigantes pensaban fijar su domicilio conyugal, el cual era propiedad del demandado. La SAP Badajoz 10 julio 2007 (JUR 2007, 318209) condenó al demandado-apelante, al pago de la cantidad de 10.293'52 euros correspondientes a las obligaciones asumidas por razón del matrimonio, derivadas de la compra de muebles, enseres y una vidriera.

c) Dada la literalidad del art. 43 CC, es claro que ha de excluirse la posibilidad de resarcimiento del lucro cesante, por la pérdida de las ganancias dejadas de obtener como consecuencia de la promesa de matrimonio. Y es que el art. 43 CC se refiere a “gastos hechos y obligaciones contraídas”, no a ganancias dejadas de obtener.

El art. 43 CC sólo contempla la indemnización de los “gastos hechos” y de las “obligaciones contraídas”, debiendo existir un nexo de causalidad preciso entre dichos conceptos y la promesa de matrimonio. Por lo tanto, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos (señaladamente en el alemán, en virtud de lo dispuesto en el § 1298.I *BGB*), el precepto no prevé la indemnización de otros daños patrimoniales indirectos, como puede ser la pérdida de una posición contractual, de un subsidio o de un empleo, por causa del traslado a la localidad donde los promitentes pensaban establecer su

¹² En nuestra jurisprudencia se han considerado indemnizables los gastos originados por los siguientes conceptos: traslado (billetes de avión o tren, así como transporte de efectos propios), compra o reserva del traje de boda y sus complementos (zapatos, pendientes, etc.), reserva de restaurante para el banquete nupcial, reportaje fotográfico, invitaciones de boda, precio fijado para la celebración de la ceremonia civil, compra de enseres, electrodomésticos, elementos de menaje y decoración del futuro hogar, o, por último, compra de la vivienda familiar. V. en este sentido SAP Almería 24 octubre 1994 (AC 1994, 2380), SAP Toledo 3 abril 2000 (AC 2000, 4476), SAP Alicante 2 noviembre 2000 (JUR 2000, 46609), SAP Asturias 15 noviembre 2000 (AC 2000, 2310), SAP Alicante 14 diciembre 2005 (JUR 2008, 140947), SAP Badajoz 10 julio 2007 (JUR 2007, 318209), SAP Valladolid 16 abril 2008 (JUR 2008, 304136), SAP Barcelona 12 junio 2008 (JUR 2008, 317049), SAP Murcia 29 mayo 2009 (JUR 2009, 280024).

domicilio conyugal¹³.

Es evidente que el art. 43 CC no contempla la indemnización del daño moral que pudiera derivar de la ruptura de la promesa de matrimonio para el promitente abandonado¹⁴. No obstante la clara posición de la jurisprudencia española al respecto, que en general compartimos, hay que tener en cuenta que, aunque, en principio el art. 43 CC no contempla la reparación de daños no patrimoniales, hay casos en los cuales el incumplimiento de la promesa, concurriendo ciertas circunstancias, puede ocasionar un daño moral resarcible en virtud del art. 1902 CC o a través del art. 9 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo (por vulneración del derecho al honor). Piénsese, por ejemplo, en el supuesto en el que el novio no se presenta en el ayuntamiento donde se iba a celebrar la boda o desaparece súbitamente la misma mañana del día de la ceremonia nupcial.

III. LA CAUSACIÓN DOLOSA O NEGLIGENTE DE LA NULIDAD MATRIMONIAL.

Otro supuesto en el que la jurisprudencia aplica, con cautela, el principio de responsabilidad civil es el que tiene lugar cuando uno de los contrayentes causa dolosa o negligentemente la nulidad matrimonial¹⁵.

Existen dos casos típicos en que esto acontece: la nulidad por reserva mental¹⁶ y por error en cualidad personal.

El art. 73.4º CC, redactado por la Ley 30/1981, de 7 de julio, establece como causa de nulidad el error en aquellas cualidades personales del otro contrayente, que “por su entidad, hubieran sido determinantes de la prestación del consentimiento”.

Se trata, pues, de un error que recae sobre cualidades personales del otro contrayente, determinantes de la prestación del consentimiento de quien se equivoca, y de “entidad”, lo que remite a una valoración objetiva que, a nuestro parecer, debe ser realizada con arreglo a un criterio sociológico, teniendo en cuenta el sistema de valores, no sólo de la entera sociedad, sino también el imperante en el círculo social en el que se mueven los contrayentes.

Son varias las sentencias de instancia en las que, además, de declararse la

¹³ V. sin embargo, a este respecto, STS 16 diciembre 1996 (RJ 1996, 9020).

¹⁴ Así lo constata la jurisprudencia. V. en este sentido STS 16 diciembre 1996 (RJ 1996, 9020), SAP Barcelona 17 enero 2000 (AC 2000, 1134) y SAP Toledo 3 abril 2000 (AC 2000, 4476).

¹⁵ V. ya en este sentido STS 21 enero 1957 (RJ 1957, 1133).

¹⁶ V. en este sentido STS 28 noviembre 1985 (J. Civ. 1985, 707).

nulidad de matrimonio por error, se concede una indemnización de daños y perjuicios morales o materiales al demandante, al haber sido causado el vicio del consentimiento por la conducta contraria a la mala fe del otro contrayente, que no le advierte de dicho error.

La SAP Toledo 14 noviembre 2001 (AC 2001, 2509), declaró la nulidad de un matrimonio, al haber prestado el demandante el consentimiento, creyendo equivocadamente que el hijo que esperaba de su futura esposa era suyo, y condenó a la demandada al pago de los gastos de boda.

La SAP Islas Baleares 5 junio 2006 (JUR 2006, 253511), declaró la nulidad de un matrimonio por error, consistente en el desconocimiento, por parte de la mujer, de la orientación homosexual de su marido y condenó a éste al pago de una indemnización de 6.000 euros, que aquella demandaba por “el grave perjuicio moral y psicológico que le ha producido”.

La SAP Cádiz-Ceuta 4 diciembre 2006 (AC 2007, 1026), declaró la nulidad del matrimonio, por ignorar la demandante que el otro contrayente estaba vinculado por un matrimonio reconocido por las autoridades de la India, condenando a este último al pago de 12.000 euros, en concepto de indemnización.

La SAP Madrid 10 julio 2007 (AC 2007, 1899), condenó al demandado al pago de una indemnización de 30.000 euros, por el daño moral causado a la otra contrayente, a quien había ocultado que, tres años antes de contraer matrimonio, se había sometido a un análisis en el que había dado positivo en el VIH. La declaración de nulidad había sido previamente declarada, según parece, por causa de error, al desconocer la demandante el resultado de dicho análisis. El marido desarrolló la enfermedad un mes después de la celebración del matrimonio y, aunque mantuvo relaciones sexuales con su mujer, ésta no fue contagiada.

IV. EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONYUGALES.

Mucho más discutido es el tema de si es posible el resarcimiento de los daños morales por incumplimiento de los deberes conyugales¹⁷, consagrados en los

¹⁷ Por cuando concierne a la doctrina científica, un número significativo de autores se ha pronunciado a favor del resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de las obligaciones recíprocamente asumidas por los cónyuges. Véanse, en este sentido, GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al art. 67 CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por M. ALBALADEJO), Edersa, tomo II, arts. 22 a 107 del Código civil, Madrid, 1982, p. 186; *IDEM*, “Comentario al art. 68 CC”, *Ibidem*, pp. 195-196; GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. del C.: “Comentario al art. 67 CC”, en *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, Tecnos, vol. I, Madrid, 1984, p. 322; LACRUZ BERDEJO, J. L.: “Efectos del

matrimonio”, en LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros: *Elementos de Derecho civil*, IV, *Derecho de familia*, Librería Bosch, 3ª edición, fascículo 1º, Barcelona, 1989, pp. 146-147; *IDEM*, “Comentario al art. 68 CC” (redacción del precepto en la 2ª edición revisada por J. RAMS ALBESA y J. DELGADO ECHEVERRÍA), en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil* (coord. por J. L. LACRUZ BERDEJO), Madrid, Civitas, 2ª edición, 1994, p. 657; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Mª. T.: “Separación y divorcio sin causa. Situación de los daños personales”, *RdP*, 2006-1, nº 16, pp. 154-155; NOVALES ALQUÉZAR, Mª. A.: “Hacia una teoría general de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia. El ámbito de las relaciones personales entre los cónyuges”, *RJN*, 2006, nº 60, pp. 201-203 y 207; ROMERO COLOMA, A. Mª.: “El deber de fidelidad conyugal y la responsabilidad civil por su infracción”, *LL*, nº 7646, Sección Doctrina, 7 junio 2011, Año XXXII; y VARGAS ARAVENA, D.: *Daños civiles*, cit., pp. 179-255.

Otros autores se oponen a la posibilidad del resarcimiento del daño moral originado por el incumplimiento de los deberes conyugales.

Entre ellos los hay que, en general, se oponen a aplicación de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares (salvo, en el caso de daños morales derivados de comportamientos delictivos). Es el caso de FERRER RIBA, J.: “Relaciones familiares y límites del derecho de daños”, *Indret*, octubre de 2001, pp. 14-16, quien fundamenta su posición, entre otros argumentos, en la idea de que las normas del Derecho de familia son un sistema, completo y cerrado, que contiene las específicas sanciones aplicables en el caso de incumplimiento de los deberes conyugales, esto es, la separación o el divorcio (téngase en cuenta que escribe antes de la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio). No obstante, parece que el propósito del autor es negar la aplicación del art. 1902 CC al incumplimiento de la obligación de infidelidad, ya que, tras pronunciarse contundentemente a este respecto, añade lo siguiente: “La exclusión de la acción de responsabilidad no rige, sin embargo, respecto de aquellas conductas que causen daño a derechos o intereses del otro cónyuge conceptualmente separables de su interés en el mantenimiento del matrimonio y en el respeto a sus reglas. Así pueden ser indemnizados los daños causados a la integridad física y psíquica del cónyuge, a su salud, libertad, honor, intimidad, libertad sexual o patrimonio”. No queda claro, si, a su juicio, el resarcimiento debe quedar, o no, limitado al caso de que el incumplimiento suponga un hecho delictivo, ya que se refiere a este posible criterio para delimitar la responsabilidad del infractor, pero sin decantarse claramente en favor de él.

Otros autores son igualmente contrarios a la indemnización de daños morales derivados del incumplimiento de los deberes conyugales, si bien, cuando concurre culpa grave, admiten la reparación de daños morales ocasionados por ilícitos civiles que tienen lugar en otros ámbitos de la familia diversos del matrimonio, como, por ejemplo, en el supuesto de obstaculización de relaciones paterno-filiales e, incluso, en el específico caso del incumplimiento del deber de fidelidad, cuando éste vaya acompañado del ocultamiento de la verdadera paternidad del hijo que el marido creía ser suyo. Véase, en este sentido, RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. Mª.: “Indemnización del daño moral al progenitor por la privación de la relación personal con el hijo (A propósito de la STS de 30 de junio de 2009)”, *ADC*, tomo LXII, fasc. IV, 2009, pp. 1831-1832; *IDEM*, “De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio (A propósito de la STS de 14 de julio de 2010)”, *LL*, nº 7582, Sección Doctrina, 4 marzo 2011, Año XXXII.

Por último, hay quien admite el resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de las obligaciones conyugales, cuando el mismo se resuelva en la vulneración de un derecho fundamental del otro consorte o de “aquellos principios básicos que identifican el matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico”. Tal es la posición de LÓPEZ DE LA CRUZ, L.: “El resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales”, *Indret*, octubre de 2010, pp. 30, 32-35, quien, en particular, se refiere a la posibilidad de indemnizar los comportamientos que afecten a la “dignidad de la persona, la

arts. 67 y 68 CC.

1. Nuestra posición general sobre la cuestión del resarcimiento del daño moral.

A nuestro parecer, es posible el resarcimiento del daño moral por incumplimiento de los deberes conyugales por la vía del art. 1902 CC.

Para que dicha responsabilidad surja no bastará, desde luego, la sola constatación del ilícito civil, sino que, además, será necesario la existencia de un daño moral que deba ser resarcido, el nexo de causalidad entre el incumplimiento y el daño, y el dolo o culpa del infractor¹⁸.

a) El primero de los presupuestos es la existencia de un daño resarcible, el cual no puede ser identificado con el que estrictamente resulte del divorcio, cuya causa, en el Derecho actual, es la mera voluntad de cualquiera de los cónyuges de no permanecer casado, siendo irrelevante, a este efecto, la razón por la cual se inste la disolución del matrimonio (por ejemplo, un incumplimiento de las obligaciones conyugales del otro consorte).

El daño resarcible *ex* art. 1902 CC surgirá por la lesión del derecho que tiene cada cónyuge a que el otro cumpla las obligaciones, que, libre y recíprocamente, asumieron al tiempo de contraer el matrimonio, con el fin de desarrollar en él su personalidad¹⁹.

Hay que insistir en que la finalidad de la responsabilidad civil no es sancionar

libertad, el honor, la intimidad o la propia imagen”. Con este argumento, excluye la posibilidad de resarcimiento, en el caso de infidelidad, a no ser que la misma vaya acompañada de la ocultación de la verdadera filiación del hijo aparentemente matrimonial. Afirma, así, que lo que “no debe quedar impune es la conducta desleal de la esposa que de forma dolosa oculta la paternidad originada por la relación extramatrimonial”.

¹⁸ Desde nuestro punto de vista, la indemnización del daño deba discurrir por la vía del art. 1902 CC, y no, por la del art. 1101 CC, ya que las obligaciones conyugales no tienen carácter contractual por la sencilla razón de que el matrimonio no es un contrato, sino un negocio jurídico de Derecho de familia, constitutivo de *status*, del que surge para los cónyuges una plena comunidad de vida (material y espiritual), con los derechos-deberes de convivencia, fidelidad, respeto y socorro mutuo. VARGAS ARAVENA, D.: *Daños civiles*, cit., pp. 234-236, afirma, sin embargo, con argumentos consistentes, que los daños causados por incumplimiento de los deberes personales del matrimonio deben resarcirse a través del art. 1101 y ss. CC, con base en que “dichas normas no sólo son aplicables cuando la obligación violada tenga un origen contractual, sino siempre que exista entre las partes un vínculo obligacional preexistente a la propia afirmación de responsabilidad, cualquiera que sea su fuente”.

¹⁹ Sobre la valoración y reparación del daño originado en el ámbito de las relaciones familiares, en general, v. SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a. B. y PÉREZ VALLEJO, A. M^a.: *Valoración y reparación*, cit., pp. 209 y ss.

comportamientos ilícitos (aquí, el incumplimiento de los deberes conyugales), sino reparar los daños que éstos ocasionen. En este caso, se tratará de un daño moral, el cual deberá ser probado, por quien lo invoca, por ejemplo, el sentimiento de abandono, ansiedad o baja estima, ocasionado por la violación de los deberes por parte de su cónyuge, o el quebranto emocional sufrido por el varón, que se creía padre de un niño nacido constante el matrimonio, y que no lo es. Se excluyen, pues, los daños patrimoniales, provocados por el divorcio, que deberán encauzarse, en su caso, a través de la prestación compensatoria del art. 97 CC.

b) El criterio general de imputación de responsabilidad civil en Derecho español es la culpa, sin distinción de grados, según resulta del art. 1902 CC.

Sin embargo, con apoyo en los arts. 168 y 1390 CC, autorizada doctrina sostiene que en el ámbito de las relaciones familiares sólo se debe responder por dolo o culpa grave²⁰.

Ahora bien, en realidad, sólo el segundo de dichos preceptos supedita la responsabilidad del infractor (en este caso, la del cónyuge, cuya administración de los bienes gananciales causa daño a la sociedad) a su actuación dolosa. Por el contrario, el art 168.II CC se limita a precisar que “En caso de pérdida o deterioro de los bienes por dolo o culpa grave, responderán los padres de los daños y perjuicios sufridos”.

Este precepto no se puede interpretar sin tener en cuenta que el art. 164.I CC exige a los padres administrar los bienes de los hijos, “con la misma diligencia que los suyos propios”. Por lo tanto, los padres responderán de los daños causados en el patrimonio de los hijos, por administrarlo sin haber desplegado una diligencia regular o media, si éste era el grado de diligencia con el que gestionaban su propio patrimonio. En definitiva, la finalidad del art. 168.II CC es la de hacer responder, en todo caso, a los padres que administran los bienes de los hijos de manera dolosa o gravemente culposa, sin que éstos puedan eximirse alegando que eran igualmente descuidados en la gestión de sus propios asuntos.

Hay que tener en cuenta que una cosa es que la responsabilidad sólo surja por incumplimientos graves o reiterados de los deberes conyugales, lo que nos parece imprescindible en orden a evitar una proliferación de demandas basadas en incumplimientos nimios, y otra cosa, diversa, es que se aplique un criterio subjetivo de atribución de responsabilidad civil, más rígido que el

²⁰ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a. T.: “Remedios indemnizatorios en las relaciones conyugales”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador) y otros: *Daños en el Derecho de familia*, “Monografías de la Revista de Derecho Patrimonial”, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 160-161.

ordinario, lo que ya no nos parece correcto²¹.

c) Ha de quedar acreditada la existencia de un nexo de causalidad entre el incumplimiento de los deberes conyugales y el daño moral, cuya reparación se pide²².

El nexo puede quedar roto por un suceso de fuerza mayor, por ejemplo, un contratiempo económico o una enfermedad que imposibilite a uno de los cónyuges cumplir su deber de asistencia y socorro; también, por la propia conducta del demandante, cuya infidelidad, por ejemplo, puede motivar la de su consorte; en otras ocasiones, con su comportamiento puede, no romper el nexo de causalidad, pero sí concurrir a la producción del daño o a su agravamiento, lo que deberá ser apreciado para reducir su cuantía.

d) El hecho dañoso no tiene por qué constituir un delito penal, por ejemplo, de lesiones o de abandono de familia; de hecho, si lo fuera, la responsabilidad civil del infractor no se regiría por los arts. 1902 y ss. CC, sino por los arts. 107 y ss. CP, o, en su caso, si se tratase de un delito contra la intimidad o el honor (calumnia o injurias), por el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.

El hecho dañoso puede ser un mero ilícito civil, consistente en el incumplimiento de los deberes conyugales, que objetivamente ha de ser grave o reiterado, como decía el art. 82.1º CC en su anterior redacción²³.

Esto no significa exigir una culpabilidad reforzada al cónyuge que incumple, sino excluir que los tribunales se vean obligados a conocer de demandas de responsabilidad civil dirigidas a obtener la reparación de daños morales, basadas en la alegación de incumplimientos nimios de las obligaciones conyugales²⁴.

²¹ V. en este sentido SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a. B. y PÉREZ VALLEJO, A. M^a.: *Valoración y reparación*, cit., pp. 98-103.

En el sentido de considerar bastante la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad en las relaciones familiares parece orientarse la reciente STS 30 junio 2009 (RJ 2009, 5490), la cual reconoce el resarcimiento por daño moral resultante de haber quedado privado el padre de la posibilidad de relacionarse con la hija, a la cual se hará referencia más adelante, en texto.

²² SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a. B. y PÉREZ VALLEJO, A. M^a.: *Valoración y reparación*, cit., pp. 129 y ss., estudian, con gran detalle, esta materia.

²³ Sobre el tema de los deberes conyugales, en general, puede consultarse NOVALES ALQUÉZAR, M^a. A.: *Las obligaciones personales del matrimonio en el Derecho comparado*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, I y II, Madrid, 2009.

²⁴ Cass. Civ. 10 mayo 2005 (Giur. it., 2006, abril, c. 694) afirma que no deben tomarse en consideración comportamientos de mínima eficacia lesiva, susceptibles de encontrar solución en el interior de la familia, a través del espíritu de comprensión y tolerancia, que es

Los deberes conyugales son las obligaciones recíprocas contempladas en los arts. 67 y 68 CC, que constituyen la causa del negocio jurídico matrimonial²⁵, esto es, las de convivencia, respeto, asistencia y fidelidad.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, ha añadido al art. 68 CC un último inciso, que dice que los cónyuges “Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”.

La constitucionalidad de esta disposición²⁶ suscita dudas, en la medida en que supone una injerencia pública en un ámbito íntimo de la persona, como es el de la libre decisión de los cónyuges acerca de la asignación y distribución de las tareas domésticas, lo que, además, parece estar en contradicción con el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, el cual implica el reconocimiento, como principio general inspirador del ordenamiento jurídico, de la autonomía de la persona para elegir entre las diversas opciones vitales, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias²⁷.

Este intervencionismo estatal, calificado como “una norma de pedagogía social”²⁸, que pretende imponer a los cónyuges un modelo de organización de las tareas domésticas, basado en la igualdad (aunque expresamente no se

parte del deber de recíproca asistencia, sino únicamente aquellas conductas, que por su intrínseca gravedad, sean agresiones a derechos fundamentales de la persona.

²⁵ Como constata CARRIÓN OLMOS, S.: “Reflexiones de urgencia en torno a las Leyes 13 y 15/2005, por las que se modifica el Código civil en materia de separación y divorcio y derecho a contraer matrimonio”, *LL*, 19 de julio de 2005, p. 3.

²⁶ CARRIÓN OLMOS, S.: “Separación y divorcio tras la Ley 15/2005, de 8 de julio”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador) y otros: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia de 2005*, “Colección Monografías Aranzadi”, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 180, juzga esta disposición “quizá no del todo afortunada, al menos, por cuanto a su ubicación se refiere”.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Tecnos, 10ª edición, Madrid, 2006, p. 93, consideran que se trata de “un precepto difícil de integrar en el sistema legal, pues utiliza frases muy generales, susceptibles de todas las interpretaciones posibles”. SERRANO GÓMEZ, E.: “Efectos del matrimonio”, en SERRANO ALONSO, E. y otros: *El nuevo matrimonio civil. Estudio de las leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, de Reforma del Código Civil. Con formularios*, Edisofer, Madrid, 2005, p. 70, entiende que “esta referencia ‘a compartir las responsabilidades domésticas’, se trata de una concesión legal del legislador a determinados movimientos feministas”.

²⁷ Tiene razón PARADISO, M.: *I rapporti personali tra coniugi*, en *Il codice civile. Commentario* (dir. Pietro SCHLESINGER), artículos 143 a 148, Giuffrè, Milano, 1990, p. 6, cuando habla de la necesidad de individualizar en los deberes conyugales el contenido mínimo para garantizar la identidad sustancial del matrimonio, respetando, al mismo tiempo, la legítima diferenciación de las diversas realidades familiares.

²⁸ ATIENZA NAVARRO, M^a. L.: “La incidencia de las reformas de 2005 en materia de efectos personales del matrimonio”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador) y otros: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia de 2005*, “Colección Monografías Aranzadi”, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 160-161, p. 153.

utilice esta palabra), resulta paradójico²⁹, si se tiene en cuenta que, precisamente, el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad es el hilo conductor de la reforma introducida por la Ley 15/2005, al establecer como causa de separación y disolución del matrimonio la mera voluntad de los cónyuges, así como también lo es de la reforma operada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se admite el matrimonio entre personas del mismo sexo.

A nuestro entender, una vez proclamado en el art. 66 CC, que “El marido y la mujer son iguales en derechos y deberes”, proclamación seguramente necesaria al tiempo de promulgarse la Ley 30/1981, dados los antecedentes históricos de sumisión de la mujer al marido (que, por supuesto, no son exclusivos de nuestro Derecho), el Estado no tiene por qué predeterminar legalmente la distribución de las funciones que cada uno de los cónyuges asumirá en el matrimonio, sino que debe respetar los acuerdos a los que ambos lleguen libremente a este respecto, por ejemplo, que uno de ellos se dedique a las labores del hogar y el otro trabaje fuera de casa, opción, que, desde un punto de vista constitucional, es tan perfectamente legítima, como aquella en la que se pacta una distribución por igual de las tareas domésticas³⁰.

En cualquier caso, nos parece que el ámbito propio para extraer consecuencias del incumplimiento de este denominado “deber” es el de la pensión compensatoria, ya que el número 4º del art. 97 CC establece que “La dedicación pasada y futura a la familia es uno de los criterios para determinar la cuantía de aquella”; por lo que no será examinado en este trabajo.

Al inicio de este epígrafe decíamos que la cuestión del resarcimiento del daño moral por incumplimiento de los deberes conyugales era discutible. No obstante, hay que tener en cuenta que las discusiones no se plantean por igual en todos los casos. Es, así, indudable el resarcimiento del daño moral provocado por el incumplimiento de un deber conyugal, si éste provoca una lesión de un derecho fundamental, en particular, si tiene carácter delictivo (por ejemplo, una vulneración del derecho al respeto mutuo, que da lugar a un delito contra los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen). En realidad, el supuesto que ha hecho correr ríos de tinta en la doctrina española es el de la infidelidad.

En este breve estudio, una vez expuesta nuestra posición general sobre el

²⁹ ATIENZA NAVARRO, M^a. L.: “La incidencia”, cit., p. 156; y MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a. T.: “Remedios indemnizatorios”, cit., p. 157, llaman la atención sobre este punto.

³⁰ LACRUZ BERDEJO, J. L.: “Efectos del matrimonio”, cit., p. 135, afirma, así, “la necesidad de respetar, junto al ‘libre desarrollo’, las bases sobre las cuales establecieron libremente los cónyuges la vida familiar”.

tema, nos centraremos en dos casos que creemos ilustran bien la práctica jurisprudencial española: en primer lugar, el del incumplimiento del deber de respeto, que origina una intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la intimidad del otro cónyuge; y, en segundo lugar, el del incumplimiento del deber de fidelidad.

2. La lesión del derecho fundamental a la intimidad.

En España, en la práctica de los Tribunales no son infrecuentes los procesos por lesión del derecho a la intimidad de uno de los cónyuges, procedente de una intromisión ilegítima del otro consorte.

Sin embargo, se trata de un tema poco tratado por los tribunales civiles, porque, por razones puramente procesales, existe una tendencia a encauzar este tipo de intromisiones hacia la vía penal, concretamente, a través del delito de descubrimiento y revelación de secretos, regulado en el art. 197 CP, solicitándose, en su caso, en dicha vía el resarcimiento pertinente.

La mayoría de las causas se tramitan por el tipo básico del art. 197.1 CP. Conforme a dicho precepto, “El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses”.

La jurisprudencia observa que nos encontramos ante un delito de intención, que requiere un especial elemento subjetivo, consistente en apoderarse de efectos personales, interceptar las comunicaciones o utilizar artificios técnicos, con la finalidad precisa de “descubrir secretos o vulnerar la intimidad del otro”³¹, delito que se consuma con el mero apoderamiento, interceptación o utilización del aparato, cualificado por dicha finalidad, sin que sea necesario, que, como consecuencia de ello, se descubran datos secretos o íntimos de la víctima³².

³¹ V. en este sentido STS (Sala 2ª) 20 junio 2003 (RJ 2003, 4359) y STS 21 marzo 2007 (RJ 2007, 2244), AAP Huesca 21 septiembre 2001 (JUR 2001, 291866), SAP Barcelona 22 noviembre 2006 (JUR 2007, 181899), AAP Barcelona 18 enero 2008 (JUR 2008, 106746), SAP Barcelona 17 enero 2011 (JUR 2011, 149292) y SAP Toledo 22 marzo 2011 (JUR 2011, 178595).

³² V. en este sentido STS (Sala 2ª) 20 junio 2003 (RJ 2003, 4359) y STS 30 abril 2007 (RJ 2007, 3724), SAP Barcelona 22 noviembre 2006 (JUR 2007, 181899), AAP Barcelona 18

En no pocos casos, el infractor pretende apoderarse de documentos para poder aportarlos en juicio (por ejemplo, cartas en que consta el importe de nóminas³³ o pensiones³⁴, o declaraciones de renta³⁵) y, así, probar la capacidad económica del otro cónyuge en orden a fijar la cuantía de una pensión compensatoria o de alimentos. La jurisprudencia ha declarado reiteradamente que este propósito de servirse de los documentos personales en procesos familiares no exime de responsabilidad penal a quien comete el delito.

En este sentido se pronuncia, por ejemplo, la STS (Sala 2ª) 21 marzo 2007 (RJ 2007, 2244), que confirmó la condena del marido (si bien apreciando la atenuante analógica del art. 21.6 en relación con el art. 23.1 CP) a una pena de prisión y multa de seis meses.

El acusado compró un ordenador y lo instaló en su casa, introduciendo su nombre de usuario y su propia contraseña. Posteriormente, observó que las facturas mensuales de la compañía telefónica se incrementaban notablemente, porque se estaba disparando el consumo de internet. Con el fin de averiguar quién utilizaba su ordenador, adquirió un programa para monitorizar la actividad informática y de internet desde una ubicación alejada, de modo que, cada 30 minutos, volcaba copia de todas las comunicaciones telemáticas realizadas a través de su ordenador particular en la cuenta de correo del ordenador que utilizaba en su oficina. Al comprobar que la usuaria era su mujer, que ésta entraba en chats como casados/infieles, en los que se mantenían conversaciones de contenido sexual, y que, además, tenía un amante, procedió a apoderarse de varios correos electrónicos, que posteriormente aportó en un juicio de separación, ante la angustia y el temor a perder la custodia de su hija de tres años y de que ésta se educara en un ambiente inadecuado.

El Tribunal Supremo considera que no puede considerarse ilícita “la acción consistente en la instalación de un programa que permite conocer los movimientos u operaciones realizados desde un determinado ordenador [...] pues parece claro que el propietario del ordenador puede instalar un programa que le permita verificar el uso que se da a ese instrumento, cuando sospecha razonablemente que está siendo utilizado de forma no autorizada”.

enero 2008 (JUR 2008, 106746), SAP Albacete 27 octubre 2009 (ARP 2010, 40) y SAP Toledo 22 marzo 2011 (JUR 2011, 178595).

³³ V. en este sentido SAP Huesca 26 noviembre 2009 (JUR 2010, 315775).

³⁴ V. en este sentido STS (Sala 2ª) 23 octubre 2000 (RJ 2000, 8791) y SAP Huesca 26 noviembre 2009 (JUR 2010, 315715).

³⁵ V. en este sentido SAP Madrid 10 septiembre 2010 (JUR 2011, 25821), si bien quien se apodera de la declaración de la renta no es el cónyuge, sino el conviviente de hecho, con el fin de utilizarla en un juicio civil para pedir una pensión compensatoria para ella y una pensión de alimentos para el hijo común de la pareja.

Por el contrario, sí considera ilícita la conducta del recurrente “consistente en apoderarse del contenido de las conversaciones y comunicaciones privadas de su esposa, una vez que había comprobado que era ella quien utilizaba el citado ordenador para comunicarse con terceros. La cuestión no permite albergar duda alguna una vez que el recurrente conoció el contenido del primero de los correos, pues desde ese momento pudo tener, y sin duda tuvo, la seguridad de que se trataba de comunicaciones íntimas de su esposa, que afectaban al ámbito de su intimidad más estricta, a las que no podría pretender tener acceso legítimamente aun cuando se realizaran desde su ordenador personal, a pesar de lo cual continuó apoderándose de las dichas comunicaciones”³⁶.

Además del tipo delictivo básico del art. 197.1 CP, hay que considerar el tipo cualificado del art. 197.4 CP, según el cual “Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores”³⁷.

Sin embargo, la jurisprudencia considera que no se da la conducta típica contemplada en el art. 197.4 CP, cuando uno de los cónyuges se limita a poner a disposición del Tribunal un dato secreto o un aspecto íntimo en el marco de un juicio de carácter familiar; y ello, aunque dichos extremos hayan sido indebidamente descubiertos, mediante un apoderamiento, interceptación o utilización de artefactos técnicos, penalmente ilícitos y, por tanto, subsumibles en el tipo básico del art. 197.1 CP. Es, así, usual afirmar que en estos casos falta el “dolo de divulgación, al tratarse de un procedimiento de publicidad restringida a las propias partes, a sus letrados y a los profesionales que integran el órgano judicial”³⁸.

No obstante lo dicho, esto es, que la mayoría de los casos de vulneración de intimidad en el ámbito de las relaciones conyugales se encauzan a través del art. 197.1 CP, nada impide acudir a la vía civil, en particular, cuando se trate de intromisiones ilegítimas que no constituyan un ilícito penal; y, en cualquier paso, las normas que regulan el resarcimiento del daño moral por vulneración del derecho a la intimidad son las mismas, con independencia de que se trate de un ilícito penal o civil, esto es, las contenidas en el art. 9 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

³⁶ V. en el mismo sentido SAP Valencia 4 junio 2002 (JUR 2002, 231802), SAP Huesca 26 noviembre 2009 (JUR 2010, 315775) y SAP Madrid 10 septiembre 2010 (JUR 2011, 25821).

³⁷ El art. 197.4 CP tiene un segundo párrafo, cuyo tenor es el siguiente: “Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior”.

³⁸ V. en este sentido SAP Madrid 11 mayo 2001 (JUR 2001, 198207), SAP Madrid 25 mayo 2005 (ARP 2005, 321) y SAP Barcelona 22 noviembre 2006 (JUR 2007, 181899).

En cualquier caso, es obvio que no toda intromisión en la intimidad del otro cónyuge, entendida ésta en el sentido estricto del término que se ha expuesto, es ilegítima.

A este respecto, nos parece oportuno realizar dos precisiones.

En primer lugar, serán legítimas las intromisiones que hayan sido consentidas por el cónyuge que las sufre, quien, de este modo, estaría ejercitando la facultad positiva que forma parte del contenido del derecho fundamental de la intimidad, la cual consiste –como explica la jurisprudencia constitucional– “en un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona”.

Téngase en cuenta que el art. 197.1 CP sanciona, exclusivamente, las intromisiones ilegítimas en la intimidad ajena realizadas sin el consentimiento de la víctima, pues, de mediar, dicho consentimiento constituirá una causa de exclusión de la tipicidad, por lo que no habrá delito alguno.

No cabe, sin embargo, que un cónyuge realice una renuncia general a su derecho a la intimidad en favor del otro, ya que, como resulta del art. 1.3 LO 1/1982, se trata de un derecho indisponible. Pero sí es posible, que, como prevé el artículo 2.2 LO 1/1982, un cónyuge consienta “expresamente” un acto de intromisión en su intimidad, por ejemplo, que se le grabe desnudo o que se abra la correspondencia que llegue al domicilio conyugal.

Este consentimiento, aunque sea expresión de un acto de autonomía de la persona, no puede ser considerado como fuente de una obligación contractual, sino que opera como causa de exclusión de la ilegitimidad de una intromisión, que, de no darse dicho consentimiento, sería antijurídica y, en consecuencia, generaría una obligación de resarcir el daño moral causado.

El consentimiento, según el art. 2.2 LO 1/1982, ha de ser “expreso”. Por lo tanto, el hecho de que un cónyuge consienta una vez en que el otro le fotografíe desnudo no significa que le autorice para volver a hacerlo posteriormente; y ese consentimiento para captar una imagen no significa, necesariamente, autorización para publicarla, por ejemplo, colgándola en una página de internet.

La SAP Barcelona 17 enero 2011 (JUR 2011, 149292) condenó a una mujer separada de hecho por delito de descubrimiento de secretos del 197.1 CP, por haberse apoderado de correspondencia que, con consentimiento del marido, le era remitida a éste al antiguo domicilio conyugal, donde, además, compartía con la acusada una estancia que ambos usaban como despacho y en la que se guardaban documentos de uno y de otro.

Afirma la Audiencia que “yerra la apelante cuando mantiene que existía entre los todavía cónyuges una esfera de intimidad familiar que, tácitamente, autorizaba a la esposa a acceder a la información que recibía su marido en el domicilio, pues el hecho de que siguiera constando la dirección [del antiguo domicilio conyugal] en el correo a él dirigido o que siguiera habiendo en la vivienda un despacho común para ambos, no permiten inferir, como se pretende en el recurso, que se le permitía [a la mujer] tácitamente, acceder a la información dirigida al marido”.

En segundo lugar, en orden a determinar el carácter legítimo o ilegítimo de la intromisión, no puede dejarse de valorar el comportamiento de la víctima.

El derecho a la intimidad, ciertamente, se proyecta sobre una realidad objetiva, esto es, el “ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás”, necesario “para mantener una calidad mínima de la vida humana”.

Ahora bien, la protección de la intimidad de cada cual tiene un aspecto relativo, que depende de la propia voluntad, exteriorizada no sólo por el consentimiento expreso a concretos actos de intromisión, sino también por los propios actos, esto es, por conductas libres, que, de hecho, permiten que terceros conozcan aspectos de la vida personal o familiar sobre los que, en principio, se tiene un derecho de reserva.

Es, por ello, que, como dice el art. 2.1 LO 1/1982, la protección de la intimidad debe realizarse, teniendo en cuenta el ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia. Este precepto, en nuestra opinión, es una aplicación de la doctrina de los propios actos a la protección del derecho a la intimidad³⁹.

A nuestro entender, la previsión de la norma es correcta, si se le da una interpretación adecuada y proporcionada, que no cuestione el poder jurídico que el derecho a la intimidad atribuye sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de la persona y de su familia. Creemos que debe entenderse en el sentido de que, cuando una persona hace público cierto aspecto de su intimidad, por ejemplo, divulgándolo en un programa de televisión o en un círculo significativo de personas, éste, objetivamente, deja de formar parte de su “ámbito, propio y reservado”; si se nos permite la expresión, “ya no cabe marcha atrás”, porque ha perdido el poder de control sobre el mismo; y, de ahí, que no pueda lamentarse de que lo que voluntariamente ha divulgado sea después reproducido o comentado en otros medios de comunicación. Como tiene dicho el Tribunal Constitucional en fallos constantes “a cada persona corresponde acotar el ámbito de su

³⁹ V. en este sentido VIDAL MARTÍNEZ, J.: *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Montecorvo, Madrid, 1984, p. 72.

intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno”.

La SAP Madrid 7 diciembre 2005 (ARP 2006, 70) ilustra esta idea, al absolver del delito de descubrimiento y revelación de secretos a la mujer que había aportado a un procedimiento de separación unas fotos y grabaciones, tomadas del ordenador usado por ambos cónyuges en el domicilio conyugal, el cual no tenía ninguna clave de acceso. La acusada declaró que había descubierto las fotos, en las que su marido aparecía con otra mujer, cuando iba a imprimir una foto del hijo común y en el mismo fichero donde se encontraban tales fotos del hijo común y de su familia, no creyendo que tuviera que pedir permiso a nadie para coger dichas fotos.

La Audiencia estimó especialmente significativa la conducta del marido denunciante, considerando “acreditado que en los específicos círculos familiares, de amistad y profesionales permitió y facilitó la divulgación de aspectos de su vida personal y privada que luego intenta achacar a la acusada. Por un lado [...] difundió la noticia de su relación extramatrimonial entre sus hermanos y entre sus cuñados, quienes posteriormente la propagaron a otras personas del círculo familiar, tanto del esposo como de la esposa, hasta el punto de exhibir el supuesto perjudicado, cuatro meses antes de la definitiva ruptura matrimonial, un CD con fotos de la mujer con la que mantenía relaciones, que dejó en casa de un cuñado. Además, el socio [...] declara que conocía tales relaciones”. Dice la Audiencia que “Ningún ánimo de conocer o de descubrir secretos se aprecia en la conducta de la acusada cuando, en su propio domicilio y a través de su propio ordenador, encuentra la información de carácter privado, afectante a las relaciones fuera del matrimonio que mantenía su esposo, que él mismo ha introducido en la casa común y en el ordenador común, dejando tal información a la libre disposición de la esposa [...] Ella no ha quebrantado la reserva que cubría los datos personales de él, ya que él previamente los había exteriorizado o puesto a disposición de terceros [...] no ha invadido ni violentado el ámbito de la intimidad personal de [su marido], puesto que este último lo había abierto a un amplio círculo de familiares y de amigos”.

El art. 7 LO 1/1982 recoge un elenco no cerrado de conductas que dan lugar a una intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad. Concretamente, afectan al derecho a la intimidad las conductas descritas en el art. 7.1 y 3.

Con apoyo en dichos preceptos y en la práctica jurisprudencial, analizaremos una serie de supuestos típicos de intromisión en el derecho a la intimidad del otro cónyuge, realizados con vulneración del deber de respeto mutuo.

a) El art. 7.1 LO 1/1982 considera intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad “El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de

filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas”; ello, lógicamente, sin el consentimiento de la víctima.

El bien jurídico que se quiere proteger aquí es el derecho a la intimidad, siendo la imagen o la voz el medio a través del cual se produce la intromisión; y ello, sin perjuicio de que, en estos supuestos, se pueda originar, además, una vulneración en dichos bienes de la personalidad.

A diferencia de lo que establece el art. 197.1 CP, el cual para la existencia de un delito de descubrimiento de secretos exige que se utilicen los artificios técnicos, el art. 7.1 LO considera un ilícito civil el mero emplazamiento de los mismos; y es por ello que, producida la conducta típica, debe reconocerse a las personas afectadas el derecho a hacer cesar la intromisión (es lo que se denomina tutela inhibitoria).

Utilizando el tenor del art. 9.2 LO 1/1982, de 5 de mayo, se trata de una medida básica “para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores”.

La acción de cesación pretende impedir la persistencia de la vulneración del derecho de la personalidad producida por el hecho ilícito (en nuestro caso, el emplazamiento de los artificios técnicos). En ocasiones, esta acción será bastante para la defensa del derecho a la imagen del ofendido, pero en otras muchas no, en cuyo caso procederá la reparación del daño moral subsiguiente a la intromisión, daño moral que el art. 9.3 LO presume.

El 9.3 LO 1/1982 afirma, así, que “La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima”.

La razón de ser de esta presunción, que se aparta de la regla general de la responsabilidad civil, según la cual quien reclama el resarcimiento de un daño debe probarlo, estriba en el hecho de que estamos ante un tipo de daños, que, por su subjetividad, es difícil demostrar, por lo que establecer la carga de la prueba sobre el ofendido supondría dificultar extraordinariamente la posibilidad de obtener el resarcimiento.

La STS (Sala 2^o) 14 mayo 2001 (RJ 2001, 2719) condenó al marido, el cual había grabado conversaciones íntimas mantenidas por su mujer desde el teléfono del dormitorio, con el fin de averiguar si le era infiel, y posteriormente las divulgó en el círculo de los familiares y amigos. Así mismo, la STS (Sala 2^a) 20 junio 2003 (RJ 2003, 4359) condenó a la mujer, que había encargado a dos detectives que colocaran unos aparatos para interceptar y grabar las conversaciones mantenidas por su marido desde el

teléfono instalado en el despacho del colegio que ella dirigía y en donde él trabajaba; así mismo, le condenó a pagar, en concepto de responsabilidad civil, 1.000.000 de pesetas a su cónyuge (solidariamente con su secretaria, cómplice de la misma).

b) El art. 7.3 LO 1/1982 considera una intromisión ilegítima “la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo”, por ejemplo, correos electrónicos intercambiados por uno de los cónyuges con un tercero.

También hay que considerar un ilícito civil el mero apoderamiento o interceptación de dichos escritos personales, lo que posibilitaría una acción de cesación de esa conducta ilícita, así como la restitución de los mismos, sin perjuicio, en su caso, de la posible acción para obtener el resarcimiento del daño moral originado por el conocimiento, por parte del infractor, de los datos íntimos o de su revelación a terceros.

Normalmente, como ya se ha dicho, la mayoría de los casos se han dado en la jurisprudencia penal y versan sobre apoderamiento de cartas o de correos electrónicos.

La SAP Valencia 4 junio 2002 (JUR 2002, 231802) condenó a la pena de prisión de un año (y de pago de multa) al marido que, aprovechando un momento de ausencia de su mujer, se había apoderado de diversos documentos guardados en una carpeta; entre ellos, cartas de carácter personal, que posteriormente aportó a un proceso matrimonial con el propósito de probar su infidelidad.

Así mismo, la SAP Albacete 21 noviembre 2002 (ARP 2002, 855), en un supuesto semejante, condenó al acusado a la misma pena, además de al pago de una indemnización de 900 euros por daño moral, afirmando que resultaba “inadmisible la alegación del recurrente de que, por tratarse de su esposa [...] está exento de la obligación constitucional de respetar el bien jurídico protegido de su cónyuge, bajo la excusa de cerciorarse y alegar pruebas de la infidelidad” del mismo.

Cada vez es más frecuente que la intromisión ilegítima se lleve a cabo mediante la interceptación y apoderamiento de correos electrónicos⁴⁰.

A este respecto es ilustrativa la SAP Albacete 27 octubre 2009 (ARP 2010, 40), que condenó al acusado a la pena de prisión de un año (y pago de multa), si bien la intromisión enjuiciada no se produjo en el seno de un matrimonio, sino en el de una unión de hecho rota. Observa la Audiencia que el varón “aprovechando la confianza que propicia la convivencia y como represalia

⁴⁰ V. en este sentido, por ejemplo, SAP Jaén 12 mayo 2011 (ARP 2011, 1004).

por la ruptura no asumida se apropió de datos íntimos y personales” de su antigua compañera sentimental, en concreto, de su clave de correo electrónico que tenía anotada en una libreta, modificándola para bloquear su acceso; y, haciéndose pasar por ella, cambió su presentación por la siguiente frase visible para todos sus contactos: “Soy una gran puta y lo sabéis todos y todas y no tengo compasión por nadie me follo a quien más meta la pata pero soy una perra”. Así mismo, colgó dos fotos de ella, semidesnuda, y otra, con su silueta completamente desnuda. De todo ello deduce que incurrió en el delito sancionado en el art. 197.1 CP, “vulnerando su intimidad y vejándola e injuriándola”.

c) La captación o difusión de imágenes de desnudos del otro cónyuge, sin su consentimiento, constituyen una intromisión en su derecho a la intimidad en su dimensión corporal.

En algunas ocasiones, se ha dado el caso de que personas que mantuvieron una relación conyugal o de análoga relación de afectividad, una vez rota ésta, por deseo de venganza, difunden a través de la red fotografías en las que el otro aparece desnudo.

Es evidente que este comportamiento es una intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad y a la propia imagen de la víctima, pues, el consentimiento para captar una imagen no significa, necesariamente, autorización para difundirla, pues, a tenor del art. 2.1 LO, el consentimiento ha de ser expreso para cada concreto acto de intromisión (captar y difundir una imagen son conductas diversas).

La SAP Asturias 1 septiembre 2010 (ARP 2010, 1177) condenó a la pena de un año de prisión y a pagar a su mujer 6.000 euros en concepto de daño moral. Observa la Audiencia que el acusado puso al alcance de la página de internet, denominada *sexo-casero.com*, bajo el título “Paula la golfa de Oviedo”, tres fotografías de la denunciante, sin su permiso, en dos de las cuales aparecía con los pechos descubiertos y en una tercera sin ropa, lo que “motivó la recepción por su parte de diversas llamadas telefónicas con la intención de conectar con ella”.

d) Es evidente que sobre cada cónyuge pesa la prohibición de divulgar entre terceros aspectos de la vida íntima del otro, de los que tenga conocimiento por razón de la convivencia o de la relación de confianza que se establece entre los cónyuges, así como de los que afecten a la vida íntima de la familia.

Es más, parece que el deber de sigilo respecto de datos de la intimidad del otro cónyuge, conocidos como consecuencia de confidencias o de la convivencia, persiste tras la disolución del matrimonio.

Es ilustrativo el caso contemplado por la SAP Gerona 18 marzo 2004 (AC 2004, 709). En el origen del proceso se halla la publicación de un libro, titulado “Hasta la libertad”, en el que el autor, en clave autobiográfica narraba sus experiencias vitales y su personal visión de la situación carcelaria española. En algunas de sus páginas se contenían referencias a la demandante, desde su primera toma de contacto hasta su ruptura, pasando por su matrimonio. La Audiencia consideró probado que en el libro se revelaron detalles de la vida privada de la demandante que constituyen atentados a su intimidad; se descubrieron aspectos de su salud; se divulgó el contenido de cartas y se narraron encuentros íntimos de ambos. Concluye: “No importa si se trata de informaciones ciertas o no; lo importante es constatar que mientras que nada en las alegaciones de las partes permite inducir que la demandante había traficado con su intimidad o con su imagen, y en consecuencia no hay motivos para afirmar que sus derechos han quedado debilitados como consecuencia de su propia actuación, el demandado sí que divulga extremos que objetivamente carecen de interés público. Para describir la vida en la cárcel o denunciar el sistema penitenciario (si es eso lo que pretendía), no hace falta entrar en pormenores de un ‘vis a vis’ ni dar noticia de las relaciones personales pasadas de la demandante”.

3. El supuesto de la infidelidad.

El deber de fidelidad es el que ha suscitado mayor controversia en nuestra doctrina, habiendo sido contemplado en diversos fallos, en los que dicho incumplimiento ha ido acompañado de la ocultación de la verdadera filiación paterna del hijo del matrimonio.

La cuestión ha ido siendo abordada por la jurisprudencia de manera diversa, existiendo tres importantes sentencias del Tribunal Supremo en esta materia.

De ellas, la más conocida es la STS 30 julio 1999 (RJ 1999, 5726), la cual negó, tajantemente, que la infracción del deber de fidelidad constituyera un ilícito civil susceptible de dar lugar a un supuesto de responsabilidad civil. En su fundamento jurídico tercero, a propósito de una demanda de reparación del daño moral sufrido por el marido por la infidelidad de la mujer, que tuvo dos hijos de un amante durante el matrimonio, se afirma que “el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil son merecedores de innegable reproche ético-social”; más adelante, añade que “no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1001, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón de la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la

convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar”.

En definitiva, el argumento en el que se basa el fallo es el de que los deberes conyugales tienen un carácter puramente ético o moral, es decir, no son una obligación jurídica en sentido estricto, por lo que su falta de cumplimiento no da lugar a un daño resarcible.

Este planteamiento nos parece incorrecto. Los deberes conyugales no son meras obligaciones de conciencia propuestas a los esposos para un feliz desarrollo del matrimonio, sino que constituyen auténticas obligaciones jurídicas. Si no lo fueran, no tendría razón de ser que el Código civil los incluyera entre los efectos del matrimonio, ni que legalmente fueran calificados como tales, por los arts. 67 y 68, que, al enunciarlos, hablan de que los cónyuges “deben” o “están obligados” a cumplirlos.

Precisamente, la significación jurídica de los deberes conyugales es la razón por la cual los contrayentes tienen que asumirlos, al tiempo de prestar su consentimiento, ya que, en caso contrario, el matrimonio sería nulo: la exclusión de los deberes conyugales constituye, en puridad, la exclusión de la causa del negocio jurídico matrimonial y, de ahí, la relevancia de la simulación y de la reserva mental como causas de invalidez del matrimonio (art. 73.1 CC).

La supresión, como causa de separación, del incumplimiento de los deberes conyugales, operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, no es argumento para negar la juridicidad⁴¹ de los deberes conyugales, pues esta nueva orientación legal se explica en un planteamiento general, de eliminación de todas las causas de separación o divorcio, distintas de la mera voluntad de los cónyuges de seguir conviviendo.

La Ley 15/2005 ha suprimido, así, todas las causas de separación o divorcio contempladas en el Derecho anterior, las cuales giraban, básicamente, en torno a la idea del “cese efectivo de la convivencia conyugal”, a través del cual tenía lugar la constatación objetiva de la quiebra del matrimonio, exigiéndose, a este respecto, el transcurso de una serie de plazos, de duración variable, que podían llegar hasta los cinco años, en ausencia de una previa demanda de separación, si lo que había existido era una separación de hecho, impuesta por uno de los cónyuges al otro.

⁴¹ V. en este sentido RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M^a.: “De nuevo sobre la reparación”, cit., quien considera que “La razón de tan profunda modificación legal no radica seguramente tanto en una pérdida absoluta del carácter jurídico de los deberes conyugales como en que el legislador ha buscado reconocer una mayor trascendencia a la voluntad de una persona de no seguir vinculada a su cónyuge, en virtud del respeto al libre desarrollo de la personalidad del art. 10 CE de 1978”.

Actualmente se establece como única causa de separación o divorcio la voluntad de ambos cónyuges o de uno sólo de ellos, con tal de que ésta se manifieste, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, plazo, que no es necesario que se cumpla, cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad o indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio, según resulta de la actual redacción del art. 86 CC.

Se ha admitido, pues, no sólo el divorcio por mutuo consentimiento, sino el divorcio por mera voluntad de uno sólo de los cónyuges, el cual podrá imponer al otro su decisión de disolver el matrimonio, en cualquier momento, sin necesidad de acreditar ninguna situación objetiva de cese efectivo de la convivencia.

En la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 se justifica esta nueva regulación del divorcio en el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad y en la idea de que cuando una persona ha llegado a la convicción de que su matrimonio ya no es cauce de desarrollo de su personalidad, se le debe permitir acudir al divorcio de manera inmediata, afirmándose en ella que “el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna”.

Contra lo que a veces se afirma, creemos que la sentencia a la que nos estamos refiriendo, no creó jurisprudencia, porque la anterior STS 22 julio 1999 (RJ 1999, 5721), esto es, la segunda de las existentes en la materia que nos ocupa, aunque resolvió un caso semejante a aquélla, no contenía la misma *ratio decidendi*.

Esta última sentencia contempló también, en efecto, una demanda de resarcimiento, que presuponía la infidelidad de la mujer. El matrimonio se había contraído canónicamente en 1956. Los cónyuges se separaron canónicamente en 1974, por sevicias y adulterio del marido, y en 1976 recaería sentencia de nulidad canónica. En 1990 se practicó una prueba de paternidad, que dio como resultado que uno de los hijos nacidos durante el matrimonio no era del marido, quien interpuso una demanda de reparación del daño moral sufrido, por “el comportamiento doloso de la demandada al ocultar la verdadera paternidad”.

El Tribunal Supremo no estimó el recurso interpuesto por quien se había creído padre sin serlo, pero no fundamentó su fallo en la afirmación de que el incumplimiento de los deberes conyugales no puede dar lugar a una reparación de daños y perjuicios, como, en cambio, haría la posterior sentencia de 30 de julio, sino en la consideración de que no habían quedado acreditados los hechos aducidos por el demandante y recurrente, esto es, que

la mujer había sabido y ocultado la filiación extramatrimonial del hijo. Por otro lado, parece que en este supuesto no podía alegarse la infidelidad de la mujer, cuando el propio demandante había incurrido en la misma conducta, ya que la sentencia canónica de separación tuvo como causa sus sevicias y adulterio.

A nuestro parecer, la tesis sustentada por la STS 30 julio 1999 es errónea, porque la obligación de fidelidad, que tiene evidente conexión con la de respeto mutuo, es un auténtico deber jurídico.

Es verdad que el adulterio fue despenalizado por la Ley de 28 de mayo de 1978, pero una cosa es que se suprima la tutela penal de la obligación de fidelidad (lo que es razonable, en atención al carácter subsidiario y de último remedio que ha de tener el Derecho penal) y otra cosa, muy distinta, es que se le prive de tutela civil, a través del art. 1902 CC.

La más reciente STS 14 julio 2010 (RJ 2010, 5152), tercera de las sentencias del alto Tribunal sobre la materia, es especialmente importante en la materia, tanto por lo que dice como, sobre todo, por lo que no dice. El actor y recurrente solicitaba, entre otros conceptos, una indemnización de 100.000 euros por daño moral derivado del deterioro de su fama y honor por el conocimiento de la infidelidad de su ex esposa y la pérdida del vínculo con su hija.

El Tribunal Supremo, confirmando la sentencia recurrida, desestima el recurso, pero no por razones de fondo. De hecho, a diferencia de lo que había declarado la STS 30 julio 1999 en ningún momento, excluye la posibilidad de resarcimiento del daño moral provocado por el incumplimiento de la obligación de fidelidad, sino que decide el caso por entender prescrita la acción ejercitada.

A nuestro parecer, la infidelidad, siempre que no sea recíproca, puede dar lugar a un daño moral resarcible, tal y como está empezando a admitir la jurisprudencia española de instancia, que ha estimado diversas pretensiones de resarcimiento por daño moral por incumplimiento del deber de fidelidad.

En los fallos existe una línea argumental que se repite, que es la de considerar que, en sí mismo, el incumplimiento de la obligación de fidelidad (a diferencia de lo que nosotros sostenemos) no puede dar a un daño moral resarcible, sino que tiene que ir acompañado de un elemento que, de algún modo, lo cualifique, elemento referido (según los fallos), bien a la exigencia de un criterio de culpabilidad reforzado (dolo), bien a la concurrencia de otro acto ilícito concomitante (señaladamente, el ocultamiento de la paternidad biológica del hijo que el marido cree erróneamente cree ser suyo), o bien a circunstancias que permitan calificar como grave el incumplimiento del deber

conyugal.

a) La cualificación de la infidelidad basada en la exigencia de dolo como criterio de imputación de responsabilidad está presente en la resolución pionera en la materia, esto es, en la SAP Valencia 2 noviembre 2004 (AC 2004, 1994), que entendió de una demanda de resarcimiento del daño moral resultante del incumplimiento del deber de fidelidad, condenando solidariamente a su reparación, tanto al cónyuge infiel, como a su amante habitual.

El marido, al descubrir la infidelidad de su mujer, se separó de ella. Posteriormente, mediante las correspondientes pruebas de paternidad, averiguó que tres de los cuatro hijos habidos durante el matrimonio no eran de él, sino del amante de su mujer, razón por la cual interpuso una demanda de responsabilidad civil contra la mujer infiel y su amante.

En primera instancia se acogió parcialmente su pretensión resarcitoria, condenándose a los demandados al pago de 50.000 euros, “por daño moral, por la pérdida del vínculo biológico respecto de los menores”; se rechazó, en cambio, la reparación “del mayor impacto emocional”, producido por la infidelidad misma, argumentando que ésta “no puede ser indemnizada”.

La Audiencia elevó, sin embargo, la condena a la cantidad de 100.000 euros, ya que, a diferencia de lo entendido por la sentencia recurrida, consideró también indemnizable el daño moral del marido, resultante del estricto incumplimiento del deber de fidelidad por parte de su mujer.

La sentencia identifica el daño resarcible con la “dolencia [del marido] que ha sido muy grave, con riesgo para su vida, por sus ideas de suicidio, y todo generado, no por la separación matrimonial, sino por la pérdida de los que consideraba sus hijos”, a la que se le reconoce “una entidad semejante a la de la pérdida física de éstos”. Pero, más adelante, para justificar el aumento de la cuantía de la indemnización, afirma que “los padecimientos del demandante, no pueden imputarse sólo al descubrimiento de su no-paternidad, sino, en gran medida, al conocimiento de la infidelidad de su esposa”.

Compartimos el resultado al que llega esta sentencia, de gran importancia, en cuanto pionera en nuestra jurisprudencia en el tema de responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales; discrepamos, sin embargo, en su afirmación, acerca de la exigencia de un criterio de atribución de responsabilidad, basado en el dolo, al que, ya antes, hemos mostrado nuestro rechazo.

No obstante, la jurisprudencia de instancia posterior parece haber ido orientándose en el sentido de considerar indemnizable, no el daño moral

producido por la infidelidad, sino el originado por la pérdida del vínculo de paternidad del marido con quien creía ser su hijo, exigiendo, además, tal y como hace la sentencia expuesta, el dolo como criterio de imputación de responsabilidad (ocultación maliciosa de la paternidad biológica⁴²).

b) Hay fallos que, si bien también afirman que la mera infidelidad no puede dar lugar a un daño moral resarcible, rechazan que deba requerirse el comportamiento doloso del infractor, pero sí la concurrencia de otro ilícito civil, junto al mero comportamiento infiel (señaladamente el ocultamiento, que puede ser puramente negligente, de la falta de paternidad del marido respecto del hijo que creía suyo).

La SAP Barcelona 16 enero 2007 (JUR 2007, 323682) no exige, así, el dolo como criterio de imputación de la responsabilidad extracontractual. En este sentido, entiende la Audiencia que “la culpa o negligencia a que se refiere el artículo 1.902 del Código Civil constituye un concepto más amplio que el dolo o intención maliciosa. Puede afirmarse que la Sra. María Luisa no tenía la certeza o no sabía que el padre de la menor no era su marido, pero pudo y debió sospechar que podía ser otro el padre de la menor, al haber mantenido relaciones sexuales con dos personas al tiempo de su concepción y debió adoptar las medidas tendentes a su veraz determinación”.

Esta negligencia se ve acentuada por el hecho de que el embarazo se produjo tras diecisiete años de matrimonio, durante los cuales no quedó embarazada pese a los tratamientos seguidos a tal efecto, y que durante la época de la concepción mantuvo relaciones sexuales con el verdadero padre, con lo que debía haberse planteado la posibilidad de que el padre de la niña no fuera su marido.

En conclusión, afirma la Audiencia que “La omisión en la adopción de dichas medidas debe calificarse como un comportamiento o conducta negligente a los efectos de lo dispuesto en el artículo 1.902 del Código Civil, por lo que de su actuación u omisión se deriva responsabilidad extracontractual. No resulta cuestionable la concurrencia del nexo causal entre la conducta negligente de la madre que no hizo en su día las comprobaciones pertinentes en cuanto a la paternidad y el resultado producido cual es la extinción de la relación paterno-filial”.

Esta sentencia merece ser destacada, porque, tras situar la cuestión litigiosa en su exacto ámbito, esto es, en el de la responsabilidad civil extracontractual, entiende, a nuestro parecer, correctamente, que el criterio de imputación de responsabilidad no tiene por qué ser el dolo, sino que, conforme a la regla general del art. 1902 CC, basta la mera culpa o negligencia del autor del

⁴² V. en este sentido SAP León 2 enero 2007 (JUR 2007, 59972), SAP Valencia 5 septiembre 2007 (JUR 2007, 340366) y SAP León 30 enero 2009 (JUR 2009, 192431).

hecho dañoso.

c) Otra línea jurisprudencial es la que sostiene una cualificación de la infidelidad por la gravedad del incumplimiento.

Especialmente interesante nos parece la SAP Cádiz 3 abril 2008 (JUR 2008, 234675), que, sin duda, se aproxima más a los postulados que mantenemos, en el sentido de considerar la fidelidad como un deber jurídico indemnizable *per se* y de no exigir el dolo para fundamentar un fallo condenatorio por daño moral derivado de ser otro el padre del hijo que el actor creía suyo.

El supuesto es análogo a los anteriores: la esposa del actor había mantenido relaciones sexuales con un compañero de trabajo, de las que nacería una niña que se inscribió como hija matrimonial. La sentencia recurrida consideró que no había existido dolo en el ocultamiento por parte de la demandada, al no quedar acreditado que ésta tuviera pleno conocimiento de que su hija no fuera de quien por entonces era su esposo, por lo que no procedía la indemnización por daño moral instada. Asimismo, dicha sentencia entendió que el quebrantamiento de los deberes conyugales carece de sanción específica, fuera del hecho de ser considerados como causas de separación matrimonial.

La Audiencia rechaza, de manera clara, que deba exigirse un criterio imputación de responsabilidad basada en el dolo, sino que refiere la gravedad, exclusivamente, al incumplimiento del deber conyugal.

Respecto de la cuestión del resarcimiento del daño moral proveniente de la infidelidad, expone que las obligaciones conyugales no constituyen “deberes naturales relacionados con la ética personal de cada uno de los contrayentes, sino deberes jurídicos por muy peculiares que puedan ser”, por lo que nada puede oponerse al resarcimiento por la infidelidad, ya que “quien contrae matrimonio adquiere la legítima expectativa a que su cónyuge lleve a efecto los compromisos que adquirió al prestar su consentimiento y debe tener derecho a obtener una indemnización si el incumplimiento cualificado de aquéllos le ha causado un daño. Ello debería legitimar las acciones indemnizatorias que entable cualquiera de los cónyuges por la infidelidad del otro si acredita que con ello se le ha causado un daño moral o económico apreciable, fuera del padecimiento psicológico ordinario que sigue a cualquier ruptura de pareja”.

Por tanto, según esta sentencia, cualquier infidelidad cualificada por su gravedad que cause un daño moral puede dar lugar al resarcimiento (sin necesidad de que vaya acompañada de un ocultamiento doloso o negligente de la verdadera filiación del hijo).

Estamos de acuerdo en esta idea, pero la cuestión es determinar cuándo una infidelidad puede ser considerada grave.

En su lugar, hemos expuesto que no cualquier incumplimiento de los deberes conyugales puede dar lugar al resarcimiento de un daño moral, sino que el mismo ha de ser grave o reiterado.

Sin embargo, a nuestro entender, el hecho de que uno de los cónyuges mantenga una relación sexual con un tercero es, en sí mismo, un incumplimiento grave de la obligación de fidelidad, que puede dar lugar a un daño moral resarcible en quien ve truncada la confianza en que su consorte respetaría el compromiso jurídico de exclusividad sexual, libremente asumido al casarse.

Cuestión distinta es que el daño moral pueda demostrarse más fácilmente cuando la infidelidad va acompañada de circunstancias que hacen presumir el daño moral o la mayor extensión del mismo, por vulnerarse simultáneamente otros deberes conyugales, como el de convivencia, asistencia o respeto mutuo.

Ya hemos hecho referencia al supuesto, planteado en varias ocasiones en nuestros Tribunales, de que la infidelidad va unida a un ocultamiento doloso o negligente de la verdadera paternidad, en cuyo caso, al impacto emocional sufrido al constatar la infidelidad del otro cónyuge, hay que añadir el ocasionado por la pérdida del vínculo biológico con el que creía ser su hijo. Pero cabe pensar en otros supuestos, por ejemplo, la infidelidad unida al abandono del hogar familiar, a la falta de asistencia del otro consorte o a un comportamiento socialmente humillante para la víctima.

V. OBSTACULIZACIÓN DE LAS RELACIONES DEL OTRO PROGENITOR CON LOS HIJOS COMUNES.

Por último, nos referiremos a la cuestión del resarcimiento del daño moral originado por una intromisión ilegítima en las relaciones familiares, que no procede de las administraciones públicas, sino del otro progenitor⁴³.

⁴³ El tema ha sido estudiado con detenimiento en la doctrina argentina por KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: “Daños y perjuicios causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo. Una interesante sentencia italiana”, *Revista de Derecho de Daños* (Buenos Aires), núm. 2, 2001, pp. 285 y ss., la cual, aunque de manera prudente, se manifiesta en favor del resarcimiento del daño moral, cuando concurren los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual, precisando la autora que la dificultad de probar su existencia no debe conducir a la improcedencia de la reparación (p. 303).

El resarcimiento exige, sin duda, una injerencia de los poderes del Estado, concretamente, del poder judicial en un ámbito, respecto del cual, tradicionalmente, la responsabilidad civil ha sido una institución extraña, lo cual encontraba sentido en el marco de una familia de tipo patriarcal, donde el padre y marido ostentaba la jefatura de la misma, por lo que la injerencia del Estado en ella era mínima. Sin embargo, como ya se ha dicho, la familia evoluciona y, progresivamente, los jueces empiezan a intervenir para garantizar la efectividad de los derechos y la protección de los intereses legítimos de las personas que la forman. Pero, para ello, han de vencerse ciertos prejuicios, entre otros, el apriorismo conceptual de considerar que las normas de Derecho de familia constituyen un sistema cerrado y completo, que excluye la posibilidad de acudir a normas generales, en este caso, las del Código civil en materia de responsabilidad civil extracontractual⁴⁴.

En la jurisprudencia española hay diversos fallos en los que se admite un resarcimiento de daño moral derivado de un comportamiento del otro progenitor, calificado como ilícito penal, por desobediencia de la resolución judicial que fija el régimen de visitas⁴⁵.

Pero hay también resoluciones que abordan la cuestión del resarcimiento del daño moral por obstaculización de las relaciones paterno-filiales desde un punto de vista estrictamente civil, entre las que destaca la importante STS 30 junio 2009 (RJ 2009, 5490), que podemos calificar de innovadora.

Si no nos equivocamos, se trata de la primera sentencia del Tribunal Supremo en la que, revocándose la dictada por la Audiencia, se reconoce la indemnización del daño moral sufrido por el padre, a quien la madre había impedido la relación personal con el hijo reconocido y a quien el Juzgado competente había atribuido la guarda y custodia del mismo.

Se trata, pues, de una resolución puntera en el campo de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares, máxime, cuando en la jurisprudencia de instancia, como acabamos de relatar, se había negado la indemnización de este tipo de daño moral.

En el caso litigioso el padre había demandado a la madre, con quien había mantenido una relación sentimental, de la que nació un hijo, que posteriormente reconoció, así como a la Iglesia de la Cienciología, en la que

⁴⁴ Así, MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT, J.: “Damages in family matters in Spain: exploring uncharted new land or backsliding”, en *The International Survey of Family Law*, 2010, p. 351, consideran que los conflictos en materia de Derecho de familia deben resolverse conforme a las específicas normas dictadas al efecto, excluyendo la posibilidad de acudir a las reglas generales de responsabilidad civil.

⁴⁵ Éste es el caso de la SAP Tarragona 27 octubre 2008 (JUR 2009, 78516) o de la SAP Zaragoza 26 mayo 2009 (JUR 2009, 280762).

la madre había ingresado después de tener el niño, a quien se llevó a Estados Unidos, sin permitir que el demandante tuviera relaciones con él, a pesar de existir resoluciones de Tribunales españoles, que le habían atribuido la guarda y custodia del menor, las cuales no pudieron ser ejecutadas en América.

El Tribunal Supremo no condena a la Iglesia de la Cienciología, por no haberse probado la influencia que la misma pudiera haber ejercido en la decisión de la madre “y para proteger el principio de libertad religiosa recogido en el art 16 CE”; y porque “Además, no puede serles atribuida ninguna acción u omisión dirigida a impedir las relaciones entre padre e hijo”.

Pero sí condena a la madre, constatando que “efectuó un acto contrario a derecho en un doble sentido, en primer lugar, impidiendo que el menor [...] pudiese relacionarse con su padre, vulnerando así el artículo 160 CC, y en segundo lugar, oponiéndose a la ejecución de la sentencia que otorgaba la guarda y custodia del hijo a su padre, que conocía perfectamente [...] Por tanto, conociendo el contenido de las diversas sentencias que ella misma recurrió, debe considerarse que hubo una acción deliberada dirigida a cometer un acto consistente en impedir las relaciones paterno-filiales”.

Respecto del daño moral reclamado afirma que “El problema de las relaciones entre los progenitores separados en orden a la facilitación de los tratos de quien no convive con los hijos cuya guarda y custodia ha sido atribuida al otro progenitor presenta problemas complejos hasta el punto de que en diversas reuniones internacionales se ha venido manteniendo el principio de sanción al progenitor incumplidor para proteger no sólo el interés del menor, sino el de quien no convive con el hijo”.

En cualquier caso, acaba reconociendo la posibilidad de su resarcimiento. Dice, así, que “El daño existe en este caso y no consiste únicamente en la imposibilidad de ejercicio de la patria potestad y del derecho de guarda y custodia, porque en este caso sólo podría ser reclamado por el menor afectado por el alejamiento impuesto por el progenitor que impide las relaciones con el otro, sino que consiste en la imposibilidad de un progenitor de tener relaciones con el hijo por impedirlo quien se encuentra de hecho a cargo del menor”; y, más adelante: “En consecuencia de lo dicho, hay que concluir que el daño a indemnizar en este caso es exclusivamente el daño moral ocasionado por quien impide el ejercicio de la guarda y custodia atribuida al otro en una decisión judicial e impide las relaciones con el otro progenitor y ello con independencia de que se pueda, al mismo tiempo y de forma independiente, ejercitar las acciones penales por desobediencia”.

La sentencia, pues, constituye un importante avance en orden a romper el “prejuicio”, al que nos hemos referido, consistente en considerar que las

normas de derecho de familia constituyen un sistema cerrado, que no permite la aplicación de normas o principios generales tendentes al resarcimiento, “prejuicio” éste, que carece de fundamento legal y que aparece contradicho en esta resolución judicial.

Por cuanto se refiere al concreto tema de la valoración del daño moral, el demandante había solicitado 35.000.000 de pesetas (5.000.000 de pesetas por cada año de imposibilidad de relacionarse con el menor). El Tribunal Supremo afirma que, teniendo en cuenta que el padre no había reclamado los daños materiales que le pudieran haber ocasionado los procedimientos iniciados durante los años siguientes a la desaparición del hijo menor, “considera adecuada⁴⁶ la cantidad de 60.000 euros, teniendo en cuenta, además, que el daño es irreversible”⁴⁷.

BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA NAVARRO, M^a. L.: “La incidencia de las reformas de 2005 en materia de efectos personales del matrimonio”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador) y otros: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia de 2005*, “Colección Monografías Aranzadi”, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

BADOSA COLL, F.: “Comentario a los arts. 42-43 CC”, en *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, Tecnos, vol. I, Madrid, 1984.

BOSQUES HERNÁNDEZ, G. J.: “Comentario a la STS de 30 de junio de 2009”, *CCJC*, núm. 83/2010.

⁴⁶ MARÍN GARCÍA, J.: “Comentario a la STS de 30 de junio de 2009”, *CCJC*, núm. 84/2010, p. 1390, afirma, a este respecto, que “El Tribunal Supremo renuncia a cercenar la discrecionalidad judicial en la cuantificación del daño moral, pues es fiel a la convicción de que esta categoría de perjuicio no puede cuantificarse de acuerdo con pautas objetivas”.

⁴⁷ La cuestión de la valoración del daño moral es problemática. Así, GONZÁLEZ BEILFUSS, C., y NAVARRO MICHEL, M.: “Sustracción internacional de menores y responsabilidad civil (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009)”, *RJC*, núm. 3-2010, p. 817, afirman que “Traducir la obligación de indemnizar el daño moral a términos económicos no es fácil por carecer de parámetros objetivos”, añadiendo que “No es fácil fijar la compensación económica por el sufrimiento, la angustia, la inquietud, la frustración, categorías éstas englobadas en el daño moral, y el margen de discrecionalidad del juzgador es muy amplio”; asimismo, ROMERO COLOMA, A. M^a.: “Indemnizaciones entre cónyuges y su problemática jurídica”, *RCDI*, núm. 715, pp. 2448-2449, entiende que “Evidentemente, no se puede valorar, desde el punto de vista pecuniario, ese dolor, pero sí se puede reparar, en cierta medida, y dentro de los límites de la razonabilidad, a través de una indemnización que ha de ser fijada, cuantitativamente, por el Juez” y que “No es posible expresar en una suma de dinero el grado de sufrimiento, por lo que podría afirmarse que el daño moral no es resarcible pecuniariamente”.

CARBONE, E.: “Réquiem per un’immunità: violazione dei doveri coniugali e responsabilità civile”, *Giur. it.*, 2006, abril.

CARRIÓN OLMOS, S.:

- “Promesa de matrimonio y resarcimiento de daños”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador) y otros: *Daños en el Derecho de familia*, “Monografías de la Revista de Derecho Patrimonial”, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

- “Reflexiones de urgencia en torno a las Leyes 13 y 15/2005, por las que se modifica el Código civil en materia de separación y divorcio y derecho a contraer matrimonio”, *LL*, 19 de julio de 2005.

- “Separación y divorcio tras la Ley 15/2005, de 8 de julio”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador) y otros: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia de 2005*, “Colección Monografías Aranzadi”, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador) y otros: *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, “Monografías de la Revista de Derecho Patrimonial”, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

DELGADO ECHEVERRÍA, J.: “Comentario al art. 43 CC”, en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil* (coord. por J. L. LACRUZ BERDEJO), Civitas, 2ª edición, Madrid, 1994.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Tecnos, 10ª edición, Madrid, 2006.

FERRER RIBA, J.: “Relaciones familiares y límites del derecho de daños”, *InDret*, octubre de 2001.

GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al art. 67 CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por M. ALBALADEJO), Edersa, tomo II, arts. 22 a 107 del Código civil, Madrid, 1982.

GETE-ALONSO Y CALERA, Mª. del C.: “Comentario al art. 67 CC”, en *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, Tecnos, vol. I, Madrid, 1984.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C., y NAVARRO MICHEL, M.: “Sustracción internacional de menores y responsabilidad civil (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009)”, *RJC*, núm. 3-2010.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: “Daños y perjuicios causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo. Una interesante sentencia italiana”, *Revista de Derecho de Daños*

(Buenos Aires), núm. 2, 2001.

LACRUZ BERDEJO, J. L.:

- “Comentario al art. 68 CC” (redacción del precepto en la 2ª edición revisada por J. RAMS ALBESA y J. DELGADO ECHEVERRÍA), en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil* (coord. por J. L. LACRUZ BERDEJO), Madrid, Civitas, 2ª edición, 1994.

- “Efectos del matrimonio”, en LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros: *Elementos de Derecho civil*, IV, *Derecho de familia*, Librería Bosch, 3ª edición, fascículo 1º, Barcelona, 1989.

LÓPEZ DE LA CRUZ, L.: “El resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales”, *Indret*, octubre de 2010.

MARÍN GARCÍA, J.: “Comentario a la STS de 30 de junio de 2009”, *CCJC*, núm. 84/2010.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Mª. T.:

- “Remedios indemnizatorios en las relaciones conyugales”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador) y otros: *Daños en el Derecho de familia*, “Monografías de la Revista de Derecho Patrimonial”, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

- “Separación y divorcio sin causa. Situación de los daños personales”, *RdP*, 2006-1, nº 16.

MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT, J.: “Damages in family matters in Spain: exploring uncharted new land or backsliding”, en *The International Survey of Family Law*, 2010.

NOVALES ALQUÉZAR, Mª. A.:

- “Hacia una teoría general de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia. El ámbito de las relaciones personales entre los cónyuges”, *RJN*, 2006, nº 60.

- *Las obligaciones personales del matrimonio en el Derecho comparado*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, I y II, Madrid, 2009.

ORTEGA PARDO: “La ruptura de los esponsales en el derecho español vigente”, *RGLJ*, tomo IX (177 de la colección), junio de 1946.

PARADISO, M.: *I rapporti personali tra coniugi*, en *Il codice civile. Commentario* (dir. Pietro SCHLESINGER), artículos 143 a 148, Giuffrè, Milano, 1990.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M^a.:

- “De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio (A propósito de la STS de 14 de julio de 2010)”, *LL*, nº 7582, Sección Doctrina, 4 marzo 2011, Año XXXII.
- “Indemnización del daño moral al progenitor por la privación de la relación personal con el hijo (A propósito de la STS de 30 de junio de 2009)”, *ADC*, tomo LXII, fasc. IV, 2009.

ROMERO COLOMA, A. M^a.:

- “El deber de fidelidad conyugal y la responsabilidad civil por su infracción”, *LL*, nº 7646, Sección Doctrina, 7 junio 2011, Año XXXII.
- “Indemnizaciones entre cónyuges y su problemática jurídica”, *RCDI*, núm. 715.

SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a. B. y PÉREZ VALLEJO, A. M^a.: *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamentos para su reclamación*, Comares, Granada, 2012.

SERRANO GÓMEZ, E.: “Efectos del matrimonio”, en SERRANO ALONSO, E. y otros: *El nuevo matrimonio civil. Estudio de las leyes 13/2005, de 1as leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, de Reforma del Código Civil. Con formularios*, Edisofer, Madrid, 2005.

VARGAS ARAVENA, D.: *Daños civiles en el matrimonio*, La Ley, Madrid, 2009.

VIDAL MARTÍNEZ, J.: *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Montecorvo, Madrid, 1984.

VIOLACIÓN DE LOS DEBERES CONYUGALES Y
RESPONSABILIDAD CIVIL: LA EXPERIENCIA ITALIANA

MARITAL RELATIONSHIP AND TORT LIABILITY IN ITALY

DR. GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA
Professore Associato di Diritto Privato.
LUMSA, Palermo (Italia)
gcarapezza@hotmail.com

RESUMEN: El trabajo desarrolla un análisis de la responsabilidad por daño “endofamiliar” en Italia, con particular referencia al derivado de la violación de los deberes conyugales, realizando una comparación con las experiencias jurídicas española y francesa.

PALABRAS CLAVE: persona, familia, protección de los derechos, responsabilidad civil, daño moral.

ABSTRACT: the study analyses the legal framework of intrafamily tort liability in Italy, with particular reference to the marital relationships, in comparison with Spanish and French Law.

KEY WORDS: person, family, protection of rights, tort liability, non-pecuniary loss.

FECHA DE ENTREGA: 25/01/2016/FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/05/2016.

SUMARIO: I. LA NOCIÓN DE ILÍCITO “ENDOFAMILIAR” ENTRE CÓNYUGES.- II. OBJECIONES TRADICIONALES A LA TUTELA RESARCITORIA DEL DAÑO “ENDOFAMILIAR”.- III. (CONTINÚA).- 1. Negación del carácter jurídico de los deberes conyugales.- 2. Especialidad de los remedios propios del Derecho de familia.- 3. Exclusión de la antijuridicidad de la conducta del cónyuge.- IV. VIOLACIÓN DE LOS DEBERES PROPIOS DE LA RELACIÓN FAMILIAR Y NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD.- V. EL ELEMENTO SUBJETIVO. LA PRETENDIDA SOLUCIÓN DOCTRINA DE ESTABLECER EL DOLO COMO ÚNICO CRITERIO DE IMPUTACIÓN DEL ILÍCITO: CRÍTICA.- VI. LA GRAVEDAD DE LA LESIÓN COMO PRESUPUESTO DE LA RESARCIBILIDAD DEL DAÑO NO PATRIMONIAL.

I. LA NOCIÓN DE ILÍCITO “ENDOFAMILIAR” ENTRE CÓNYUGES.

El debate sobre el daño “endofamiliar” se refiere a la posibilidad de aplicar el remedio resarcitorio a los ilícitos cometidos entre familiares¹. Se trata de una

¹ Véanse, en la doctrina italiana, PATTI, S.: *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984; MOROZZO DELLA ROCCA, P.: “Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità”, *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 605 ss.; ZACCARIA, A.: “Adulterio e risarcimento danni per violazione dell’obbligo di fedeltà”, *Fam. dir.*, 1997, p. 462 ss.; FACCI, G.: *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano, 2004, p. 4 ss.; ID., “Doveri familiari e responsabilità civile”, en *Il nuovo diritto di famiglia* (dirigido por FERRANDO) I, Bologna, 2007, p. 83 ss.; ID.: “Violazione dei doveri familiari e responsabilità civile”, *Resp. civ.*, 2007, p. 581 ss.; VIRGADAMO, P.: “Rapporti familiari e danno non patrimoniale: la tutela dell’individuo tra diritti personali a inviolabilità strutturale e interessi familiari a inviolabilità dinamica”, *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 1894 ss.; DI ROSA, G.: “Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno”, *Famiglia*, 2008, p. 3 ss.; SESTA, M. (coord.): *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Torino, 2008; NICOLUSSI, A.: “Obblighi familiari di protezione e responsabilità”, *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 929 ss.; MONTECCHIARI, T.: *Violazione dei doveri familiari e risarcimento del danno*, Napoli, 2008; CAMILLERI, E.: “Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell’European tort law”, *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 145 ss.; PARADISO, M.: “Famiglia e responsabilità civile endofamiliare”, *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 14 ss.; BASINI, G.F.: “Infedeltà matrimoniale e risarcimento. Il danno “endofamiliare” tra coniugi”, *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 92 ss.; BIZZARRO, A.: “L’illecito nella famiglia”, *Riv. giur. Molise Sannio*, 2013, p. 225 ss.; PETTA, C.: “Alcune considerazioni sulla natura giuridica della responsabilità da illecito endofamiliare e sulla sua estensibilità all’interno della famiglia di fatto”, *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 257 ss. Cfr., en la doctrina española, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. - CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (coord.): *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Cizur Menor, 2012, p. 103 ss.; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. - CHAPARRO MATAMOROS, P.: “La responsabilidad civil nell’ambito delle relazioni familiari in Spagna”, *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 390 ss.; ALGARRA PRATS, E.: “Incumplimiento de deberes conyugales y responsabilidad civil”, en J.A. MORENO MARTÍNEZ (coord.), *La responsabilidad civil en la relaciones familiares*, Madrid, 2012, p. 11 ss.; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. , “Resarcimiento de daño moral por intromisión ilegítima en la intimidad del otro cónyuge”, *ibi*, p. 161 ss.; GARCÍA CANTERO, G.:

figura heterogénea en la que pueden encuadrarse diversos supuestos, que tienen un elemento común, a saber, la existencia de una relación de carácter familiar entre el causante del daño y la víctima. Por lo tanto, podrá tratarse de daños entre cónyuges, entre padres e hijos o – en la hipótesis más controvertida – entre convivientes de hecho².

El problema de la incidencia de la responsabilidad civil en el seno de la familia no se plantea respecto de aquellas situaciones jurídicas subjetivas referidas a la persona en cuanto tal, sino, exclusivamente, a las de naturaleza estrictamente familiar. Dicho de otro modo, puede hablarse de responsabilidad “endofamiliar” solamente en el caso de actos ilícitos que resultan de la violación de obligaciones que pesan sobre un sujeto por su cualidad de cónyuge o progenitor. Piénsese, por ejemplo, en el incumplimiento de los deberes conyugales de convivencia, fidelidad y asistencia o en el incumplimiento de la obligación de educar a los hijos menores³. En cambio, es indudable que generan responsabilidad civil resarcible las lesiones de la persona o de los bienes, respecto de las cuales el *status* de familiar del causante del daño no puede funcionar como una circunstancia eximente.

Además, las dudas doctrinales y jurisprudenciales han versado sobre la compatibilidad de los ilícitos familiares con el remedio general resarcitorio previsto en el art. 1902 del CC español, en el 2043 del italiano o 1382 del francés. En cambio, nunca se ha discutido la aplicabilidad de las disposiciones de carácter especial que prevén expresamente la tutela resarcitoria en el caso de violaciones específicas de determinados deberes familiares.

Algunas veces, estamos, además, ante una responsabilidad civil que deriva de la comisión de delitos “endofamiliares”, como la “violación de las obligaciones de asistencia familiar”; el “abuso de los medios de corrección”, y

“Comentario al art. 67 CC”, en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por M. ALBALADEJO), t. II, arts. 22 a 107 del Código Civil, Madrid, 1982, p. 186 ss.; LACRUZ BERDEJO, J.L.: “Efectos del matrimonio”, en ID. y otros: *Elementos de Derecho civil*, IV, *Derecho de familia*, 1, 3ª ed., Barcelona, 1989, p. 146 ss.

² Así, BASINI, G.F.: “Infedeltà matrimoniale e risarcimento. Il danno “endofamiliare” tra coniugi”, cit., p. 95, que manifiesta su perplejidad acerca de la configuración de una categoría única y amplia definida como ilícito “endofamiliar”. Admite la posibilidad de una responsabilidad civil en el ámbito de uniones de hecho, Cass. 20 giugno 2013 n. 15481.

³ NICOLUSSI, A.: “Obblighi familiari di protezione e responsabilità”, cit., p. 940, observa, así, que “el problema de la inclusión de la responsabilidad en el ámbito de la familia presenta dosis de ambigüedad”, porque existe “una diferencia esencial en el modo de valorar los mismos bienes de la personalidad, según que se consideren en relación a un contexto de relaciones familiares o, por el contrario, se contemplen, ellos mismos y su vulneración, en cuanto tales”.

el “maltrato de familia” (arts. 570-572 CP italiano)⁴.

En otras ocasiones, nos encontramos ante más variadas hipótesis de ilícitos civiles tipificados por el legislador⁵.

Así, en la fase previa a la celebración del matrimonio, números ordenamientos de la familia romanística consideran fuente de una obligación resarcitoria la ruptura injustificada de la promesa de matrimonio (art. 43 CC español y 81 del italiano)⁶ y la nulidad del matrimonio imputable al cónyuge de mala fe (art. 98 CC español y 129 *bis* del CC italiano)⁷.

En la fase sucesiva la separación, en el derecho francés, el art. 266 del *Code civil* (introducido por la Ley de 11 de julio de 1975, núm. 617, y sucesivamente modificado por la Ley de 26 de mayo de 2004, núm. 439) establece una especial disciplina para el resarcimiento del daño ocasionado por el divorcio al cónyuge inocente⁸. La norma permite la reparación de las meras “conséquences d’une particulière gravité que [l’époux] subit du fait de la dissolution du mariage”. Por lo tanto, la acción, no sólo no se dirige a obtener la reparación de los daños sufridos durante el desarrollo del *ménage* familiar, sino que tampoco se aplica a aquéllos que, aunque cronológicamente son concomitantes con el divorcio, etiológicamente no derivan de la

⁴ Cfr. PARADISO, M.: “Famiglia e responsabilità civile endofamiliare”, cit., p. 15.

⁵ NICOLUSSI, A.: “Obblighi familiari di protezione e responsabilità”, p. 943 ss., organiza la articulación normativa de los casos de ilícitos “endofamiliares” en tres fases: prematrimoniales; producidos durante la convivencia matrimonial; sucesivos a la separación.

⁶ Sobre la responsabilidad civil por incumplimiento de la promesa de matrimonio véanse, en la doctrina española, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. - CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil por incumplimiento de la promesa de matrimonio”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (coord.): *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, cit., p. 221 ss.; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. - CHAPARRO MATAMOROS, P.: “La responsabilità civile nell’ambito delle relazioni familiari in Spagna”, cit., p. 390 ss. En la doctrina italiana, frente a los que propugna la naturaleza precontractual de la responsabilidad por incumplimiento de la promesa de matrimonio (AULETTA, T.: *Diritto di famiglia*, Torino, 2014, p. 25), otros discurren por el cauce del ilícito aquiliano (TATARANO, G.: “Rapporti tra promessa di matrimonio e dovere di correttezza”, *Riv. dir. civ.*, 1979, p. 649; FINOCCHIARO, F.: *Del matrimonio*, en *Comm. CC SCIALOJA – BRANCA*, Bologna, 1971, p. 72; LILLO, P.: “Aspetti giuridici e sociali della promessa di matrimonio”, *Dir. fam.*, 1990, p. 291) y la jurisprudencia por el de la responsabilidad *ex lege* (Cass., 21 febrero 1966, n. 539, Foro it., 1966, I, c. 1844).

⁷ Cfr., sobre el daño derivado de la nulidad de matrimonio, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. - CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (coord.): *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, cit., p. 163 ss.

⁸ Cfr. FORTIS, A.: “Divorce (Conséquences)”, *Rep. Droit civil Dalloz*, 2011, § 142 ss.; GUITON, F.: “Les dommages et intérêts en réparation d’un préjudice résultant du divorce”, *Rec. Dalloz*, 1980, Chron., p. 237 ss.

disolución del vínculo conyugal⁹. En el derecho italiano, en fin, se tipifican una serie de figuras específicas de ilícito de las que resulta una obligación resarcitoria del daño: la violación de la obligación impuesta al padre divorciado de comunicar al otro cualquier cambio de residencia o de domicilio (art. 6, 12° co., l. 898/1970); la violación de las resoluciones judiciales sobre el cuidado de los hijos y, más específicamente, los “graves incumplimientos o actos que en cualquier caso causen perjuicio al menor, después de la crisis familiar” (art. 709 *ter*, 2° co., CPC).

Por el contrario, el legislador parece ser contrario a aplicar la tutela resarcitoria en los casos de convivencia matrimonial¹⁰. La previsión de la relación conyugal como causa de suspensión de la prescripción avala la tesis de que “los cónyuges no pueden demandarse en entre sí” (art. 2941, n. 1 CC italiano). Hasta que la unidad familiar no está en riesgo, concurre la exigencia de política legislativa de evitar intromisiones judiciales en el seno de la familia, de modo que la responsabilidad civil no surge o no se puede hacer valer.

II. OBJECIONES TRADICIONALES A LA TUTELA RESARCITORIA DEL DAÑO “ENDOFAMILIAR”.

La admisibilidad de una tutela general resarcitoria del daño “endofamiliar” ha sido largamente rechazada en numerosos ordenamientos europeos, en virtud de una serie de obstáculos, tanto de naturaleza socio-cultural, como de carácter estrictamente jurídico.

Ante todo, la responsabilidad civil se considera un instrumento prevalentemente dirigido a la reparación de daños patrimoniales y ajeno a la protección de situaciones de naturaleza existencial y familiar¹¹.

Además, la tradicional concepción institucional de la familia justificaba una

⁹ En la jurisprudencia francesa, cfr. Cass. civ., II sez., 31 mayo 1995, n. 93-17.127, in *Bull. civ.*, II, n. 164; Cass. civ., I sez., 6 julio 2005, n. 04-10-081, *Rev. trim. dr. civ.*, 2005, p. 767.

¹⁰ Señala NICOLUSSI, A.: “Obblighi familiari di protezione e responsabilità”, cit., p. 945, que “el sistema sancionatorio de las violaciones de las obligaciones familiares predispuesto por la ley parece caracterizarse por una actitud de prudencia y de selección de las intervenciones judiciales en el ámbito familiar”. Por otro lado, “si no hay crisis, en el ámbito del concreto núcleo familiar, el Derecho es sustancialmente inoperante, porque la familia, más allá de él y prescindiendo de la normativa jurídica, encontrara por sí misma, en el día a día, las reglas más idóneas para organizar la propia vida y realizar sus propias elecciones”: FERRI, G.B.: “La persona nella vita associata”, en STANZIONE, P. (coord.): *Persona e comunità familiare*, Napoli, 1985, p. 30.

¹¹ Sobre las razones que, por años, han impedido la entrada de la responsabilidad civil en el ámbito de la familia, cfr. PATTI, S.: *Famiglia e responsabilità civile*, cit., p. 51 ss.

fuerte restricción de los derechos de sus componentes, llegando a establecer una verdadera y propia área de inmunidad en el ámbito familiar¹². El derecho de familia era entendido como un sector autónomo del ordenamiento jurídico, con grandes connotaciones publicistas, que permanecía impermeable a las formas de tutela civil propias del Derecho común¹³.

No obstante, mientras en los sistemas de *civil law* la sustracción de los ilícitos “endofamiliares” al estatuto general de la responsabilidad civil nunca ha encontrado fundamento legal en una disciplina específica, en los sistema de *common law* el principio de la *Interspousal Immunity*, esto es, el de ausencia de responsabilidad de los cónyuge por los daños causados al otro, se hacía derivar de la *doctrine of Unity of Spouses* hasta el *Law Reform Act (Husband and Wife) Act* de 1962¹⁴. Según la teoría de la identidad subjetiva de los cónyuges, con el matrimonio, la identidad legal de la mujer se fundía con la del marido, dando lugar a la llamada *Unity of Spouses*, es decir, a la consideración de los cónyuges como una única persona jurídica. Por lo tanto, razones de índole sustancial y procesal impedían la admisibilidad de la acción de responsabilidad aquiliana entre cónyuges. De hecho, el resarcimiento del daño habría recaído sobre un patrimonio común del actor y del demandado; y, además, el marido habría debido representar en juicio a ambas partes procesales.

No en vano, en todos los ordenamientos jurídicos europeos, la progresiva incidencia de los principios fundamentales de tutela de la persona humana sobre las relaciones de Derecho civil y su “despatrimonialización” han determinado, con el tiempo, la transformación de la familia, de una institución jerárquicamente ordenada, a una formación social en la que se

¹² Se recuerda la expresión de JEMOLÒ, A.C.: “La famiglia e il diritto”, *Annuali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, 1948-1949, p. 40, referida a la familia como “una isla que sólo es levemente acariciada por el mar del Derecho. Pero, en contra, PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, p. 923; ID.: “Famiglia e diritti fondamentali della persona”, en ID.; *La persona e i suoi diritti*, cit., p. 370, según el cual la funcionalización de la familia al desarrollo de la persona humana “debe realizarse de manera abierta (...) no ya como una isla, sino como un territorio autónomo que es parte inescindible de un sistema de instituciones civiles predispuestas para un objetivo común y toda ellas dignas si su reglamentación interna se inspira en el respeto a la misma dignidad e igualdad moral y jurídica de sus componentes, de su carácter democrático”.

¹³ Sobre la concepción institucional de la familia, estructurada según un modelo autoritario y jerárquico y considerada como un sujeto portador de intereses autónomos y superiores respecto a los de sus singulares miembros, v., por todos, CICU, A.: *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, 1914, p. 108 ss.

¹⁴ Analiza los obstáculos que ha encontrado en el *common law* la responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales, PATTI, S.: *Famiglia e responsabilità civile*, cit., p. 61 ss.

desenvuelve la personalidad de sus miembros¹⁵, así como la proyección de la tutela resarcitoria hacia nuevos ámbitos, entre los cuales destacan claramente los derechos inviolables del ser humano¹⁶.

La constitucionalización del Derecho de familia y del atinente a la responsabilidad civil, elimina, así, los principales obstáculos de carácter conceptual que impedían el reconocimiento del resarcimiento general del daño “endofamiliar”.

III. (CONTINÚA).

Hay, sin embargo, otras dificultades dogmáticas para admitir la compatibilidad de los deberes familiares con la tutela resarcitoria.

En particular, me refiero a:

1º) la negación del carácter jurídico de los deberes conyugales;

2º) el principio *lex specialis derogat generali*, que asigna remedios específicos a la violación de las obligaciones familiares, como son la separación y el divorcio; la imputación de la culpa a uno de los cónyuges; la cuantificación de la pensión compensatoria, las consecuencias que se producen en el campo sucesorio, etc.;

3º) la exclusión de la antijuridicidad de la conducta del cónyuge que, al pedir la separación o el divorcio, ejercitaría un derecho propio,

¹⁵ Subordina la tutela constitucional de la familia a su carácter instrumental respecto a la promoción de la personalidad humana, PERLINGIERI, P.: “Sui rapporti personali nella famiglia”, *Dir. fam. pers.*, 1979, p. 1253 ss.; ID., “Sulla famiglia come formazione sociale”, *Dir. giur.*, 1979, p. 775 ss., ahora en ID. (coord.): *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, p. 39 ss., y en ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 419 ss.; ID., “I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare”, *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 72 ss.

¹⁶ “La familia deja de ser un territorio *separado* del Derecho común y en el que los cónyuges entran despojándose de las prerrogativas que protegen la personalidad individual. Las reglas de protección de los derechos fundamentales no encuentran obstáculo en el recinto conyugal, sino que penetran e impregnan toda la vida familiar”: ZATTI, P.: “Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia”, en G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO (coord.): *Famiglia e matrimonio*, en *Tratt. dir. fam.* (ZATTI), Milano, 2002, p. 22. Según observa, Cass., 10 mayo 2005, n. 9801, *Fam. dir.*, 2005, p. 365 ss., con nota de SESTA, M.: “Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione “arriva” in Cassazione” y de FACCI, G.: “L’illecito endofamiliare al vaglio della Cassazione”, se asiste a un tránsito de la “familia institución” a la “familia comunidad”, como sede de desarrollo de la dignidad y de la personalidad de cada miembro. En la doctrina española cfr. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Resarcimiento de daño moral por intromisión ilegítima en la intimidad del otro cónyuge”, cit., p. 179 ss.

constitucionalmente tutelado, a la libre autodeterminación.

1. Negación del carácter jurídico de los deberes conyugales.

Las situaciones subjetivas familiares tradicionalmente venían siendo calificadas, no como obligaciones, sino como deberes privados de la nota de juridicidad y no susceptibles de coerción, en caso de incumplimiento¹⁷. Por ejemplo, el TS de España, en su sentencia de 30 de julio de 1999, excluyó el resarcimiento del daño moral por violación del deber de fidelidad, por considerar que se trataría de un deber de naturaleza ético-social, imposible de reconducir al art. 1101 CC español¹⁸.

En sentido diverso se ha pronunciado la Casación italiana, para la que “los deberes que del matrimonio derivan no son de carácter estrictamente moral, sino que tienen naturaleza jurídica”, como lo demuestra la imposibilidad de derogarlos, de modo que ha de “considerarse que el interés de cada uno de los cónyuges a que el otro los respete alcanza la consideración de un derecho subjetivo”¹⁹. Si no fueran jurídicos, no tendría razón de ser incluirlos entre los efectos del matrimonio, ni hablar de que los cónyuges “deben” o “están obligados” a cumplirlos como hacen los arts. 67 y 68 del Código civil español y el art. 143 del italiano²⁰. La imposibilidad de exigir coactivamente las obligaciones conyugales no significa que no tengan carácter jurídico, sino que el cumplimiento forzoso en forma específica es incompatible con su

¹⁷ Según una parte de la doctrina italiana, el art. 143 CC cualificaría las situaciones objetivas pasivas familiares como deberes y no como obligaciones, justo por la ausencia de juridicidad y la consiguiente incoercibilidad: FURGIUELE, G.: *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, p. 62 ss.

¹⁸ Afirma STS 30 julio 1999 (RJ 1999, 5726) que no cabe comprender la exigibilidad de los deberes conyugales “dentro del precepto genérico del artículo 1001, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón de la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar”.

¹⁹ Cass., 10 mayo 2005, n. 9801, cit., según la cual: “existe ciertamente un derecho subjetivo de un cónyuge frente al otro a comportamientos conforme a dichas obligaciones”; Cass., 15 septiembre 2011, n. 18853, *Dir. fam. pers.* 2012, 1, 174, con nota de GIACOBBE, E.: “A. Trabucchi: un “profeta” inascoltato!” y de PETTA, C.: “Infedeltà coniugale e responsabilità civile: la risarcibilità dell'illecito endofamiliare nella recente giurisprudenza di legittimità”, p. 1447; Cass., 17 enero 2012, n. 610; Cass., 1 junio 2012 n. 8862, *Foro it.*, 2012, I, c. 2037; Cass., 20 junio 2013, n. 15481. Pero, v. anteriormente, Cass., 9 junio 2000, n. 7859, *Fam. dir.*, 2000, p. 514, que califica a la fidelidad, no sólo como una “directiva moral de particular valor social”, sino también como una “regla de conducta imperativa”.

²⁰ Observan DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. - CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales”, cit., p. 108: “Los deberes conyugales no son meras obligaciones de conciencia propuestas a los esposos para el feliz desarrollo del matrimonio, sino que constituyen auténticas obligaciones jurídicas”.

naturaleza personalísima²¹.

2. Especialidad de los remedios jurídicos propios del derecho de familia.

En segundo lugar, se ha defendido la irresarcibilidad del daño “endofamiliar”, con apoyo en la exclusión de carácter antijurídico de la conducta del cónyuge que no respete los deberes familiares.

La desinstitucionalización de la familia y la valoración de la exigencia de desarrollo de la personalidad de sus miembros inducen, de hecho, a una parte de la doctrina y de la jurisprudencia, a calificar la pretensión de obtener la separación e interrumpir la convivencia como expresión de un derecho individual de libertad, basado en el principio constitucional de autodeterminación²². Desde este punto de vista la reparación del daño causado por la separación o el divorcio vendría excluido al operar la causa de justificación *qui suo iure utitur neminem laedit*²³.

Sin embargo, se ha observado que el ilícito “endofamiliar” no resulta del hecho de la separación o del divorcio, en sí mismos considerados, sino de una conducta consistente en la violación de los deberes matrimoniales que produzca en la esfera jurídica del otro cónyuge un perjuicio resarcible²⁴. La

²¹ LACRUZ BERDEJO, J.L.: “Efectos del matrimonio”, cit., p. 133; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. - CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales”, cit., p. 109.

²² Así Cass., 6 abril 1993, n. 4108, Giust. civ. Mass. 1993, p. 624; Cass., 15 septiembre 2011, n. 18853, cit., p. 253: que considera “el vigente Derecho de familia caracterizado por el derecho de cada cónyuge, prescindiendo de la voluntad o de la culpa del otro, de separarse o divorciarse, como reflejo de un derecho individual de libertad reconducible al art. 2 Const [...], pudiendo hacer cesar cada uno los deberes relativos en cualquier momento con un acto unilateral de voluntad expresado en las formas legalmente previstas”.

²³ Observa CAMILLERI, E.: “Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell’European tort law”, cit., p. 145 ss., que “la realización de conductas que, también, desde la perspectiva de la regulación de la familia, constituyen una violación de deberes de contenido no patrimonial (...) debe considerarse como ejercicio de libertad y/o derechos correspondientes al singular sujeto”, de modo que “la generación del efecto resarcitorio vendrá sin embargo proscrito al entrar en juego la causa de justificación de *iure suo uti*”. Subordina el nacimiento de la responsabilidad por ilícito “endofamiliare” al carácter abusivo de la conducta, FACCI, G.: “Violazione dei doveri familiari e responsabilità civile”, cit., p. 583 ss., según el cual la constatación del dolo influye en el juicio sobre el carácter injusto del daño.

²⁴ Según DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. - CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales”, cit., p. 119, el daño resarcible no se identifica con la disolución del matrimonio, sino con los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de los deberes conyugales. En la jurisprudencia italiana, expresa la misma idea Trib. Milano 4 junio 2002, *Giur. it.*, 2002, II, c. 2289, que requiere la existencia de un

superación de una concepción sancionatoria de la separación no erosiona, como se ha visto, el carácter normativo de las obligaciones que derivan del matrimonio, de modo que la antijuridicidad del comportamiento del cónyuge contrario a ellas no puede quedar excluida por una causa de justificación, consistente en el ejercicio de la libertad de autodeterminación.

3. Exclusión de la antijuridicidad de la conducta del cónyuge.

En tercer lugar, se argumenta la inaplicabilidad del remedio resarcitorio en el ámbito familiar, por el carácter especial y completo del Derecho de familia y del conjunto de remedios y de sanciones por él predispuestos para el caso de violación de los deberes familiares²⁵.

El principio *inclusio unius, exclusio alterius* impediría la acumulación del resarcimiento del daño con los remedios específicamente familiares, que, a continuación, se enuncian.

a) En el ordenamiento jurídico español, el art. 86.I CC español anterior a la reforma operada por la Ley 15/2005 consideraba el incumplimiento de los deberes familiares como causa de separación, así que la STS 30 julio 1999 afirmó que es indudable que esta es la “única consecuencia jurídica” que contempla la legislación española “sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos”²⁶. Otro argumento para excluir la responsabilidad del cónyuge que incumple sus deberes es la existencia de la pensión compensatoria por divorcio: si el juez reconoce la pensión compensatoria no

daño objetivo imputable a otro cónyuge, reconducibile a una violación grave de los deberes matrimoniales, y no a la crisis conyugal en cuanto tal.

²⁵ La jurisprudencia italiana, siguiendo el brocardo *lex specialis derogat generali*, ha sostenido durante mucho tiempo la imposibilidad de aplicar el remedio general del resarcimiento en el ámbito familiar, dada la existencia en dicho ámbito de remedios sancionatorios especiales. En este sentido, ya, Cass. Roma, 27 mayo 1921, *Foro it.*, 1921, I, c. 778, en un caso de injustificado abandono del domicilio conyugal por parte de la mujer. Cfr. también Cass. 6 abril 1993 n. 4108, *Dir. fam. pers.*, 1993, 1023, según la cual “de la separación personal de los cónyuges puede nacer en el plano económico (...) solamente el derecho al mantenimiento del uno frente al otro”, quedando excluida “la posibilidad de reclamar también, *ex art.* 2043 c.c., por cualquier título, el resarcimiento del daño sufrido a causa de la separación, ni siquiera cuando la misma haya sido imputada a la culpa de uno de los cónyuges”.

²⁶ Por cuanto concierne a la reconducción del incumplimiento de los deberes conyugales al ámbito de las causas de separación y divorcio, v., DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. - CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales”, *cit.*, p. 115 s., que evidencian como este argumento ha perdido “toda consistencia, tras la reforma de 2005, por la que se han suprimido las antiguas causas de separación y divorcio”.

podría aplicar el art. 1902 CC²⁷.

b) En el ordenamiento jurídico francés, como se ha dicho anteriormente, existe una acción específica regulada en el art. 266 CC, la cual puede ser ejercitada por el cónyuge que obtenga el divorcio, por culpa exclusiva del otro, con la finalidad de obtener la reparación de las consecuencias de particular gravedad que subsistan como consecuencia de la disolución del matrimonio.

La acción no es aplicable en el *divorce par consentement mutuel*, sino que presupone que el actor aparezca como “víctima”²⁸: en el *divorce pour faute*, la demanda será estimada, si la propone el cónyuge inocente y, en cambio, rechazada cuando la culpa sea debida a ambos cónyuges²⁹; en el *divorce pour altération définitive du lien conjugal* (que sustituye por la Ley de 26 de mayo de 2004 al *divorce pour rupture de la vie commune* que, en cambio, se sustraía a la operatividad del art. 266 CC) el cónyuge dañado tiene que haber sufrido la ruptura de la vida en común y no debe haber tomado la iniciativa en la disolución del matrimonio. Este remedio jurídico no tiene, ni carácter alimenticio, ni función de mantenimiento, de modo que el *quantum* (que no es susceptible de revisión), no se determina en relación a la capacidad económica de los cónyuges³⁰, ni tampoco a la exigencia de compensar la disminución del nivel de vida disfrutado durante el matrimonio³¹.

c) En el ordenamiento jurídico italiano existen hay numerosas formas de tutela, diversas de la resarcitoria, en el caso de violación de los deberes familiares: así. la separación por culpa imputable a uno de los cónyuges, la cual puede ser pronunciada cuando la violación de los deberes familiares sea causa determinante de la separación entre los cónyuges y produce consecuencias en sede sucesoria y en la fijación de la pensión compensatoria (art. 151.II CC)³²; la suspensión del derecho de asistencia moral y material,

²⁷ Según DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. - CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales”, cit., p. 116 ss., el argumento contrario a la admisión de la responsabilidad de los cónyuges fundado sobre la pensión compensatoria es insostenible. En primer lugar, porque “tienen finalidades distintas, que, además, no son incompatibles”; en segundo lugar, “porque los presupuestos de ambas son también distintos”; en tercer lugar, “porque es posible que el cónyuge que deba percibir la pensión compensatoria y el que tenga derecho a ser resarcido no sea el mismo”.

²⁸ Lo pone de manifiesto FORTIS, A.: “Divorce (Conséquences)”, cit., § 146.

²⁹ Cass. civ., I sez., 25 octubre 2005, n. 04-12.234, *Dr. fam.*, 2005, n. 269.

³⁰ Cass. civ., II sez., 6 enero 1993, n. 91-16.672, *Rev. trim. droit civil*, 1993, p. 336.

³¹ Cass. civ., II sez., 12 junio 1996, n. 94-18.103, *Rev. trim. droit civil*, 1996, p. 886.

³² V., por ejemplo, por cuando concierne a la perspectiva tradicional, Cass., 22 marzo 1993, n. 3367, *Giust. civ. Mass.*, 1993, p. 535, según la cual en el caso de separación culpable falta la lesión de una posición subjetiva activa tutelada como derecho perfecto, de modo que la tutela resarcitoria *ex art. 2043 CC* no puede ser invocada por la inexistencia de un daño injusto. La imputación de culpa, de hecho, “comporta solamente los efectos previstos por la Ley, pero no supone la violación de un derecho del otro cónyuge”.

en caso de alejamiento sin justa causa de la residencia familiar (art. 146 CC)³³ o las órdenes de protección, mediante las cuales el juez, cuando “la conducta del cónyuge o del otro conviviente es causa de un grave perjuicio para la integridad física o moral o para la libertad del otro cónyuge o conviviente”, ordena la cesación de la conducta, el alejamiento de la casa familiar y, cuando sea necesario, la prohibición de aproximarse a los lugares frecuentados por los familiares, además de medidas de carácter patrimonial como el pago periódico de una cantidad de dinero (art. 342 *bis* ss. CC)³⁴.

Sin embargo, como han sostenido la Corte de Casación francesa y la italiana, la posibilidad de aplicar un remedio especial contra la violación de un deber familiar no excluye que el mismo comportamiento que lo origina pueda ser considerado como fuente de responsabilidad extracontractual³⁵. Por ejemplo, según la jurisprudencia francesa, la acción especial resarcitoria fundada en el art. 266 CC no excluye la aplicación de la disciplina general de la responsabilidad civil, de la que, más bien, constituye una plasmación concreta en el ámbito de la disolución del matrimonio. Por lo tanto, de un lado, la acción *ex* art. 266 CC requiere los elementos constitutivos del ilícito civil – culpa, daño y nexo de causalidad; y, de otro, es compatible con la tutela resarcitoria ordinaria encaminada a la reparación de ulteriores daños sufridos durante el matrimonio³⁶.

³³ Sobre la disciplina del abandono del domicilio familiar y las consecuencias que de ello derivan, cfr., *ex multis*, PARADISO, M., *I rapporti personali tra coniugi*, Sub Artt. 143-148, en *Cod. Civ. Comm.* (dir. por SCHLESINGER y BUSNELLI), 2ª ed., Milano, 2012, p. 266; CHECCHINI, A.: “Allontanamento per giusta causa o ripudio? (Per una nuova interpretazione dell’art. 146 c.c.)”, *Riv. dir. civ.*, 1981, I, p. 264 ss.

³⁴ Se trata de “medidas contra la violencia en las relaciones familiares” introducidas por la l. 4 de abril 2011, n. 154, con la finalidad de ofrecer instrumentos adecuados para salvaguardar la integridad física o moral o la libertad de los miembros de la familia en una serie de situaciones patológicas del conflicto. Cfr. PALADINI, M.: “Gli abusi familiari. Misure personali e patrimoniali di protezione, profili di diritto civile, penale e comparato”, Padova, 2009; SILVANI, S.: “Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari”, en *Trattato di diritto di famiglia* (dir. ZATTI), I, 1, Milano, 2011, p. 1191 ss.; DE BONIS, D.: “Abusi familiari e ordini di protezione”, en *Il nuovo diritto di famiglia* (dir. FERRANDO), I, Bologna, 2007, p. 577 ss.

³⁵ Vease, en Francia, Cass. civ., II sez., 2 abril 1997, n. 95-18.797; Cass. civ., I sez., 11 enero 2005, n. 02-19.016, *Rev. trim. droit civil*, 2005, p. 375; en Italia, Cass., 10 mayo 2005, n. 9801, cit.; 15 septiembre 2011, n. 18853, cit. y sobre todo Cass., 1 junio 2012 n. 8862, cit., que, con respecto a las relaciones entre separación por culpa y resarcimiento del daño, afirma que el mismo comportamiento lesivo de deberes matrimoniales “de un lado en causa de intolerancia de la convivencia, justificando la imputación de culpa (...), de otro se configura como comportamiento (doloso o negligente) que, incidiendo sobre los bienes esenciales de la vida, produce un daño injusto, con el consiguiente resarcimiento, según el esquema general de la responsabilidad civil”.

³⁶ La aplicación conjunta de los arts. 266 y 1382 CC es comúnmente admitida en la jurisprudencia francesa: Cass. civ., II sez., 2 abril 1997, n. 95-18.797, cit.; Cass. civ., I sez., 11 enero 2005, n. 02-19.016, cit.

Así pues, la diversidad de la naturaleza, de las funciones y de los específicos remedios jurídicos familiares respecto del resarcimiento del daño permiten considerar que la violación de los deberes conyugales es susceptible de tutela resarcitoria, cuando se den todos los elementos constitutivos del ilícito civil y, en particular, la existencia de un concreto perjuicio sufrido por el titular del interés lesionado³⁷.

IV. VIOLACIÓN DE LOS DEBERES PROPIOS DE LA RELACIÓN FAMILIAR Y NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD.

La solución de las principales objeciones a la resarcibilidad del ilícito “endofamiliar” no ha hecho desvanecer, sin embargo, las múltiples dificultades reconstructivas de la figura. Tales dificultades resultan, principalmente, de la necesidad de adaptar al estatuto general de la responsabilidad civil un supuesto caracterizado por el hecho de que la fuente del daño injusto es una conducta integrada por la violación de deberes propios de la relación familiar³⁸.

En el ilícito “endofamiliar”, de hecho, falta la ausencia de una previa relación jurídica entre el causante del daño y la víctima, típica de la responsabilidad *ex delicto*. Por el contrario, presupone la existencia de una relación jurídica específica entre el sujeto activo y pasivo de la conducta y requiere el incumplimiento de determinados comportamientos prescritos

³⁷ Cfr. Cass., 10 mayo 2005, n. 9801, cit., la cual observa que los remedios jurídicos familiares “no son estructuralmente incompatibles con la tutela de los derechos garantizados constitucionalmente, no excluyendo la relevancia que un determinado comportamiento puede revestir a los efectos de la separación o de la cesación del vínculo conyugal y de las consiguientes previsiones de naturaleza patrimonial, la concurrente relevancia del mismo comportamiento como hecho generador de responsabilidad aquiliana”; Cass. 15 septiembre 2011, n. 18853, cit. la cual afirma que “el comportamiento de un cónyuge [contrario a los deberes conyugales] puede también, donde concurren todos los presupuestos requeridos por las reglas generales, integrar los extremos de un ilícito civil”. También la doctrina subraya la insuficiencia de los remedios típicos previstos en el caso de violación de los deberes conyugales: MOROZZO DELLA ROCCA, P.: “Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità”, cit., p. 605; VILLA, G.: “Gli effetti del matrimonio”, en *Il diritto di famiglia. Famiglia e matrimonio*, I, en *Tratt.* (dir. BONILINI y CATTANEO), Torino, 1997, p. 317; AULETTA, T.: “Dal code civil del 1804 alla disciplina vigente: considerazioni sugli itinerari del diritto di famiglia”, *Fam. pers. succ.*, 2005, p. 434 s.

³⁸ La responsabilidad resultante del ilícito endofamiliar entre cónyuges deriva del incumplimiento de una obligación que nace de la ley, como son los deberes matrimoniales, con la consecuencia de que resulta problemática la aplicación directa de la responsabilidad aquiliana, basada, no en la violación de una obligación, sino en la injusticia del daño: NICOLUSSI, A.: “Obblighi familiari di protezione e responsabilità”, cit., p. 960 s. Remarca PARADISO, M.: “Famiglia e responsabilità civile endofamiliare”, cit., p. 20, que hablar de “responsabilidad aquiliana endofamiliar” “equivale a una ambigua operación de hibridación jurídica: obligaciones ‘contractuales’ sancionadas con la responsabilidad extracontractual”.

normativamente. Por lo tanto, la violación de los deberes familiares no se resuelve en la genérica infracción del precepto *alterum non laedere*, sino en el del incumplimiento de una específica obligación, que no opera entre extraños (en la común vida de relación), sino solamente entre cónyuges o entre padres e hijos³⁹.

La circunstancia de que el daño “endofamiliar” sea solamente concebible en el ámbito de una relación preexistente inclina a algunos autores hacia el paradigma de la responsabilidad contractual⁴⁰. Esta última, de hecho, lleva al resarcimiento del daño que deriva de la violación de una regla interna de la relación, mientras que la responsabilidad aquiliana reacciona frente al daño ocasionado entre extraños, basándose en el elemento de la injusticia de aquél. Desde esta perspectiva, se realiza una relectura del vínculo familiar como relación obligatoria caracterizada por deberes – que algunos encuadran entre los “de protección” y que otros definen como “obligaciones conyugales o paternas” –⁴¹, los cuales constituyen parámetros de valoración de la conducta, de modo que su violación debería reconducirse a la figura de la responsabilidad por incumplimiento.

No obstante, en las elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales de los principales países europeos, se excluye la adecuación al modelo de la responsabilidad contractual, en virtud de la calificación del matrimonio como un negocio de Derecho de familia constitutivo de *status*⁴²; del carácter

³⁹ Afirma NICOLUSSI, A.: “Obblighi familiari di protezione e responsabilità”, cit., p. 939, que ligar el ilícito “endofamiliar” a la prohibición de *neminem laedere* significa prescindir de la consideración de los deberes de solidaridad “incidiendo solamente en la lesión de las personas consideradas como mónadas aisladas del vínculo familiar: parientes como pasajeros –se podría decir-, no más próximos ni unidos, simplemente individuos en la multitud”.

⁴⁰ Cfr., en la doctrina italiana, DI ROSA, G.: “Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno”, cit., p. 5 ss.; NICOLUSSI, A.: “Obblighi familiari di protezione e responsabilità”, cit., p. 959 ss.; GIACOBBE, E.: “A. Trabucchi: un “profeta” inascoltato!”, cit., p. 169 ss.; PARADISO, M.: “Famiglia e responsabilità civile endofamiliare”, cit., p. 20 ss.; BASINI, G.F.: “Alcune considerazioni in tema di risarcibilità del danno tra i coniugi”, *Resp. civ. e prev.*, 2011, p. 981 ss.

⁴¹ Liga el ilícito “endofamiliar” a la “violación de obligaciones de protección que en el matrimonio se concretan en los deberes matrimoniales”, NICOLUSSI, A.: “Obblighi familiari di protezione e responsabilità”, cit., p. 961, el cual añade que el “deber general de protección se resumen, en definitiva, en el deber de cada uno [de los cónyuges] de evitar conductas irrespetuosas que, haciendo intolerables la convivencia, provoquen la grave lesión personal que se produce siempre con la separación”; mientras PARADISO, M.: “Famiglia e responsabilità civile endofamiliare”, cit., p. 22, habla de violación de “deberes específicos de los cónyuges o de los padres”.

⁴² Cfr. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. - CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales”, cit., p. 109, que evidencian como “el matrimonio no es un contrato, sino un negocio jurídico de Derecho de familia, que afecta profundamente a la persona de los cónyuges, en la medida en que les impone una plena

extrapatrimonial de los deberes familiares (como los de asistencia, fidelidad, colaboración y cohabitación, etc.)⁴³ y de la insuficiencia de su violación para constituir, *in re ipsa* y automáticamente, la fuente de un perjuicio resarcible⁴⁴.

En particular, la jurisprudencia italiana subordina la resarcibilidad del daño “endofamiliar”, no a la mera violación de reglas de conducta jurídicas de carácter familiar, sino a la lesión de derechos fundamentales de la persona⁴⁵. Por tanto, el daño resarcible no surgirá de la mera lesión del derecho de cada cónyuge a recibir del otro asistencia, colaboración, fidelidad, etc., sino de la ulterior afección de un interés constitucionalmente protegido, que de aquélla derive.

Es emblemática la posición de la jurisprudencia respecto de la inobservancia de la obligación de infidelidad.

Mientras en España la STS 30 julio 1999 ha excluido que la violación del deber de fidelidad integre un ilícito civil susceptible de tutela resarcitoria⁴⁶, las Cortes Supremas de Francia e Italia han sido más propensas a admitir el resarcimiento del daño no patrimonial causado por la infidelidad.

Sin embargo, a diferencia de la Corte de Casación francesa, que considera la infidelidad susceptible *ex se* de causar un daño moral resarcible⁴⁷; la italiana subordina la responsabilidad resarcitoria del cónyuge infiel a ulteriores requisitos: a) la comprobación de la existencia de la lesión de un derecho constitucionalmente protegido del otro cónyuge; b) la prueba de un nexo de causalidad entre la infidelidad y el daño, que no podrá consistir en el mero

comunidad de vida, material y espiritual, la cual no tiene parangón posible con ninguna de las relaciones jurídicas nacidas de la celebración de un contrato”.

⁴³ Según el art. 1174 CCI la obligación tiene por objeto una prestación susceptible de valoración económica, mientras que los deberes familiares tiene naturaleza personal, de modo que su violación resulta difícilmente encuadrable en el paradigma de la responsabilidad por incumplimiento.

⁴⁴ Cfr., en la jurisprudencia italiana, Cass., 10 mayo 2005, n. 9801, cit.; Cass., 15 septiembre 2011, n. 18853, cit.; Cass., 1 junio 2012 n. 8862, cit.; en la doctrina, *ex multis*, BASINI, G.F.: “Infedeltà matrimoniale e risarcimento. Il danno “endofamiliare” tra coniugi”, cit., p. 100 s.

⁴⁵ Según Cass. 10 mayo 2005, n. 9801, cit.; Cass., 15 septiembre 2011, n. 18853, cit.; Cass., 1 junio 2012 n. 8862, cit., la responsabilidad por daño “endofamiliar” no se fundamenta en la mera violación de los deberes conyugales, sino en la lesión –como consecuencia de dicha violación – de un derecho constitucionalmente protegido o de bienes inherentes a la persona humana.

⁴⁶ Así, STS 30 julio 1999 (RJ 1999, 5726), a propósito de una demanda de reparación del daño moral padecido por el marido por la infidelidad de la mujer, que tuvo dos hijos de un amante durante el matrimonio. Observan DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. - CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales”, cit., p. 142 ss., que la tesis sustentada es errónea, “porque la obligación de fidelidad, que tiene evidente conexión con la de respeto mutuo, es un auténtico deber jurídico”.

⁴⁷ Cass. civ., II sez., 13 abril 1992, n. 90.21490; Cass. civ., I sez., 12 enero 2011.

sufrimiento psíquico derivado de la percepción de la ofensa⁴⁸.

En otras palabras, la violación de la obligación de fidelidad producirá un daño resarcible solamente cuando, por ser grave, reiterada y ofensiva, produzca la lesión de un bien autónomo jurídicamente tutelado, como la dignidad, la integridad psico-física, el honor o la intimidad del cónyuge ofendido.

Sin embargo, esta perspectiva reconstructiva corre el riesgo de provocar la “desjuridificación” de las relaciones familiares, a pesar de la proclamada juridicidad de los relativos deberes, en un cuadro normativo ya caracterizado por la falta de potenciamiento de los perfiles sancionatorios del Derecho de familia⁴⁹.

Se propone, así, un ingreso de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares, que corre el riesgo de exacerbar la concepción contractualista de la familia y de olvidar la especificidad social de la misma, cediendo ante una consideración exclusiva de los derechos individuales de sus componentes⁵⁰. Por otro lado, la relación entre derechos fundamentales y familia no debe contemplarse en términos de contraposición entre “persona” y un pretendido “organismo distinto”, titular de un interés autónomo, pues, procediendo de este modo se correría el riesgo de atribuir un valor prioritario, bien a la libertad, bien a la solidaridad, cuando, en realidad, el valor central de referencia es siempre la persona (art. 2 Const.), a cuya tutela se dirige, tanto, la valoración normativa de la familia, como el reconocimiento de derechos fundamentales⁵¹.

Exigir que a la violación de los deberes familiares deba añadirse un *quid pluris*, representado por la lesión de los derechos fundamentales, significa excluir el carácter injusto del daño lesivo de posiciones jurídicas familiares; y ello, a

⁴⁸ Cfr., *retro*, nota 45. Sobre la persistencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre cónyuges cfr. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Resarcimiento de daño moral por intromisión ilegítima en la intimidad del otro cónyuge”, cit., p. 179 ss.

⁴⁹ Cfr., en este sentido, PARADISO, M.: “Famiglia e responsabilità civile endofamiliare”, cit., p. 20 s.; ID., “Famiglia, e nuovi diritti della personalità. Norma, desiderio e rifiuto del diritto”, *Quadrim.*, 1989, p. 302.

⁵⁰ Afirma que “la libertad en la familia encuentra en la unidad y en los deberes relativos no tanto el límite como su función el fundamento de su misma titularidad”: PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 920; ID.: “Riflessioni sull’unità” della famiglia”, (1970), ahora en ID., *La persona e i suoi diritti*, cit., p. 403 ss. Niega que acoger el acuerdo como regla de gobierno de la familia suponga asumir una concepción contractualista ZATTI, P.: “*Familia, familiae*. Declinazioni di un’idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia”, *Familia*, 2002, p. 30 s. Excluye que el matrimonio puede reducirse a una relación sinalagmática, MENGONI, L.: “La famiglia in una società complessa”, *Iustitia*, 1990, p. 12 s., el cual pone de relieve la centralidad de la noción de *status* a la cual se reconducen los derechos y los deberes conyugales.

⁵¹ Así, PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 925 s.

pesar de su calificación como derechos subjetivos y de su indudable relevancia constitucional. Por lo demás, se trata de una reconstrucción que no es necesaria para asegurar que la responsabilidad por daño “endofamiliar” cumpla una función estrictamente reparatoria, y no, sancionatoria. Más bien, para evitar la torsión del injusto intrafamiliar hacia una finalidad punitiva, es necesario subordinar el resarcimiento, no a un mero comportamiento ilícito, como la inobservancia de los deberes familiares, sino a la existencia de un perjuicio que, sobre el plano etiológico, constituya la lesión de un específico interés jurídicamente protegido, y no, de la crisis conyugal en cuanto tal⁵².

V. EL ELEMENTO SUBJETIVO. LA PRETENDIDA SOLUCIÓN DOCTRINA DE ESTABLECER EL DOLO COMO ÚNICO CRITERIO DE IMPUTACIÓN DEL ILÍCITO: CRÍTICA.

Al admitir el resarcimiento del daño “endofamiliar”, la doctrina y la jurisprudencia advierten sobre la exigencia de determinar peculiares connotaciones distintivas, que, operando sobre el plano del criterio de imputación o de la gravedad de la lesión, tiendan a reducir el área de la relevancia jurídica del ilícito “endofamiliar”.

Una parte de la doctrina italiana y española ve en el dolo el criterio de imputación de la responsabilidad civil en las relaciones familiares⁵³.

En virtud de la no coercibilidad de los deberes familiares se sostiene que los comportamientos contrarios a ellos sean amparados por la causa de justificación del ejercicio de un derecho, salvo en el caso límite del dolo del agente. Dicho de otro modo, en un ámbito que se considera dominado por la libertad de autodeterminación, la eximente del *in re suo uti* sólo puede ser excluida por la intencionalidad de la lesión, con la cual se traspasa la finalidad del ejercicio de un derecho propio por parte del autor del daño. Se requeriría el dolo genérico, pero no, el específico. Por lo tanto, no es necesario que el sujeto activo haya pretendido causar al otro un determinado perjuicio, sino

⁵² Como ponen de relieve DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. - CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales”, cit., p. 119, el primer presupuesto de la responsabilidad por incumplimiento de los deberes conyugales es la existencia de un daño resarcible. Esto “surgerà por la lesión del derecho que tiene cada cónyuge a que el otro cumpla las obligaciones, que, libre y recíprocamente, asumieron al tiempo de contraer el matrimonio”.

⁵³ En este sentido cfr., en la doctrina italiana, FACCI, G.: “Violazione dei doveri familiari e responsabilità civile”, cit., p. 583; CAMILLERI, E.: “Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell’European tort law”, cit., p. 145; en la doctrina española, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a T.: “Remedios indemnizatorios en las relaciones conyugales” en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (coordinador), *Daños en el Derecho de familia*, Cizur Menor, 2006, pp. 160-161.

que es suficiente la representación y el conocimiento del hecho dañoso⁵⁴.

No obstante, ya se ha argumentado que los deberes familiares, aun cuando sean de naturaleza personal, y no, patrimonial, tienen carácter normativo, operando como una regla de solidaridad en la formación social de la “familia”. En consecuencia, es una contradicción lógica sostener el carácter jurídico de los deberes familiares y, al mismo tiempo, considerar que su violación está justificada por el ejercicio de la libertad de autodeterminación⁵⁵.

Falta, además, cualquier fundamento textual para fundar la reconstrucción del dolo como elemento constitutivo del ilícito “endofamiliar”. Pero, sobre todo, los ilícitos basados en el dolo expresan una valoración normativa que hace prevalecer el interés del sujeto activo respecto al de la víctima. El dolo, de hecho, más que operar como un simple criterio de imputación de responsabilidad, actúa como un canon de composición de un conflicto de intereses, en el que el autor del hecho dañoso se considera particularmente merecedor de tutela, por lo que sólo cede en presencia de una conducta dolosa⁵⁶. Mediante el elemento subjetivo del ilícito, el ordenamiento opera, pues, una graduación de la apreciabilidad de los intereses en conflicto, que no es adecuado aplicar en el ámbito de las relaciones familiares.

VI. LA GRAVEDAD DE LA LESIÓN COMO PRESUPUESTO DE LA RESARCIBILIDAD DEL DAÑO NO PATRIMONIAL.

Desde un punto de vista diverso, la jurisprudencia de la Corte de Casación italiana, en vez de aplicar un criterio subjetivo de imputación más rígido que el ordinario, requiere: a) la gravedad de la lesión del interés; b) y el carácter no fútil del daño. Más concretamente, considera indispensable, de un lado, que a la luz del deber de solidaridad, la ofensa supere el umbral de un cierto grado de tolerabilidad; y, de otro, que el perjuicio no sea insignificante, sino que

⁵⁴ En este sentido, CAMILLERI, E.: “Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell’European tort law”, cit., p. 150, que subordina el resarcimiento del daño “endofamiliar”, sea al dolo del agente, entendido no como *animus nocendi*, “sino en términos de *consapevolezza* acerca del carácter potencialmente dañoso de la conducta realizada en relación con terceros”, sea el “desvío del interés concretamente perseguido, respecto a aquél en función del cual el ordenamiento atribuye y tutela la concreta situación jurídica activa”.

⁵⁵ V., *retro*.

⁵⁶ Cfr. CENDON, P.: *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1974, p. 156 s.; VISINTINI, G.: *I fatti illeciti*, II, Padova, 1990, p. 247 ss.

tenga una consistencia jurídicamente relevante⁵⁷.

La experiencia jurídica francesa es análoga. No sólo el art. 266 CC limita el resarcimiento a las “conséquences d’une particulière gravité” que derivan de la disolución del matrimonio, entendidas por la jurisprudencia como los perjuicios morales y materiales que exceden de los habituales⁵⁸, sino que, al aplicar la disciplina general de la responsabilidad civil (art. 1382 CC) a los ilícitos endofamiliares, los Tribunales galos tratan de encontrar, bien una particular gravedad de la culpa (más intensa que la requerida para imputar el divorcio)⁵⁹, bien (y, sobre todo) un daño diverso del que normalmente deriva de la disolución del matrimonio⁶⁰.

En otras palabras, la ubicación del ilícito en el seno de las relaciones familiares da particular relieve al principio de solidaridad, que ya opera en el sentido de excluir la posibilidad de interponer la acción resarcitoria durante la convivencia, como demuestra la previsión de la suspensión de la prescripción entre los cónyuges (art. 2941, n. 1, CC).

La solidaridad constituye fundamento del deber de recíproca asistencia que impone a las partes un “espíritu de comprensión y tolerancia” de los comportamientos de “mínima eficacia lesiva”⁶¹.

Los ilícitos “endofamiliares” asumen, entonces, un valor indicativo de una orientación tendente a subordinar la resarcibilidad del daño no patrimonial a la gravedad de la lesión. La medida del daño se convierte en un ulterior filtro respecto a su carácter injusto, de modo que la reparación se excluye, cuando el daño no traspasa los umbrales de una mínima gravedad. Por ejemplo, mientras no se ha admitido el resarcimiento del daño derivado de la mera

⁵⁷ Así, Cass. 10 mayo 2005, n. 9801, cit.; Cass., 15 septiembre 2011, n. 18853, cit., que, en relación con la violación de la obligación de fidelidad, subordina el resarcimiento del daño a la prueba de que “la infidelidad, por sus modalidades y respecto a la especificidad del supuesto de hecho, haya dado lugar a la lesión de la salud del cónyuge (...) O bien cuando la fidelidad por su modalidad haya derivado en comportamientos que, sobrepasando los límites de la ofensa *per se* ínsita en la violación de la obligación en cuestión, se haya concretado en actos específicamente lesivos de la dignidad de la persona.

⁵⁸ La jurisprudencia francesa, que considera difícil de determinar el daño material, es más proclive a liquidar los daños morales, concretados, por ejemplo: en la soledad moral y afectiva creada por el divorcio después de una larga vida en común (Cass., II sez., 27 enero 2000, n. 96-11.410, RTDC, 2000, p. 303), especialmente cuando hay hijos (Cass., II sez., 6 mayo 1987, *Bull. civ.* II, n. 99); en el trauma sufrido por la mujer enferma (Paris, 9 septiembre 2010, *Dr. Fam.*, 2010, n. 183) o por el cónyuge creyente que ha sufrido el adulterio del otro (Bordeaux, 24 noviembre 2009, *Dr. fam.*, 2010, n. 18).

⁵⁹ FORTIS, A.: “Divorce (Conséquences)”, cit., § 163.

⁶⁰ Cass., I sez., 22 marzo 2005, n. 04-11942, RTDC 205, p. 375; Cass., I sez., 23 enero 2007, n. 06-11502.

⁶¹ Cass., 10 mayo 2005, n. 9801, cit.; Cass., 15 septiembre 2011, n. 18853, cit.

inobservancia de la obligación de fidelidad⁶²; en cambio, se ha considerado resarcible el daño padecido por una mujer a quien el marido no había dicho hasta después del matrimonio que sufría una *impotentia coeundi*, tratándose de una lesión tal, que perjudicaba gravemente el derecho a la sexualidad de la mujer y las potencialidades de desarrollo de su personalidad⁶³.

En conclusión, la aplicación de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares debe ser meditada por la especificidad de la formación social de la familia, la cual no puede descomponerse, como pretendería la concepción contractualista, en una serie atomizada de relaciones intersubjetivas. La tutela de los derechos de los miembros de la familia requiere, por lo tanto, ser compatibilizada con la incidencia de la solidaridad, que constituye el fundamento de los deberes familiares. La mayor selectividad de los daños resarcibles en el seno de la familia encuentra, en definitiva, un preciso fundamento sistemático, que exige subordinar el acceso del remedio resarcitorio a ulteriores requisitos, respecto del carácter injusto del daño, de modo que se evite la proliferación de la litigiosidad intrafamiliar.

BIBLIOGRAFÍA

ALGARRA PRATS, E.: “Incumplimiento de deberes conyugales y responsabilidad civil”, en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (coord.): *La responsabilidad civil en la relaciones familiares*, Madrid, 2012

AULETTA, T.: “Dal code civil del 1804 alla disciplina vigente: considerazioni sugli itinerari del diritto di famiglia”, *Fam. pers. succ.*, 2005.

ID.: *Diritto di famiglia*, Torino, 2014.

BASINI, G.F.: “Infedeltà matrimoniale e risarcimento. Il danno “endofamiliare” tra coniugi”, *Fam. pers. succ.*, 2012.

BIZZARRO, A.: “L’illecito nella famiglia”, *Riv. giur. Molise Sannio*, 2013.

⁶² Lo evidencia Cass. 17 enero 2012, n. 610, *Fam. dir.*, 2012, p. 254 ss.

⁶³ Así, Cass. 10 mayo 2005, n. 9801, cit., según la cual “la intensidad de los deberes derivados del matrimonio, caracterizados por la inderogabilidad e indisponibilidad, no puede dejar de reflejarse sobre las relaciones entre las partes en la fase precedente al matrimonio, imponiéndoles –incluso, faltando la existencia actual de un vínculo conyugal, pero desde la perspectiva de constitución del tal vínculo, una obligación de lealtad, de corrección y de solidaridad que se sustancia también en una obligación de información de cualquier circunstancia inherente a las propias condiciones psicofísicas y de cualquier tipo que pueda comprometer la comunicación material y espiritual a la que el matrimonio se dirige”.

CAMILLERI, E.: “Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell’European tort law”, *Eur. dir. priv.*, 2010.

CENDON, P.: *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1974.

CHECCHINI, A.: “Allontanamento per giusta causa o ripudio? (Per una nuova interpretazione dell’art. 146 c.c.)”, *Riv. dir. civ.*, 1981.

CICU, A.: *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, 1914.

DE BONIS, D.: “Abusi familiari e ordini di protezione”, en *Il nuovo diritto di famiglia* (dir. FERRANDO), I, Bologna, 2007.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (coordinador), *Daños en el Derecho de familia*, Cizur Menor, 2006.

ID. (coord.): *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Cizur Menor, 2012.

ID.: “Resarcimiento de daño moral por intromisión ilegítima en la intimidad del otro cónyuge”, en J.A. MORENO MARTÍNEZ (coord.): *La responsabilidad civil en la relaciones familiares*, Madrid, 2012

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., y CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (coord.): *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Cizur Menor, 2012

ID.: “La responsabilità civile nell’ambito delle relazioni familiari in Spagna”, *Dir. fam. pers.*, 2014.

DI ROSA, G.: “Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno”, *Famiglia*, 2008, p. 3 ss.

FACCI, G.: *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano, 2004.

ID.: “L’illecito endofamiliare al vaglio della Cassazione”, en *Fam. dir.*, 2005.

ID.: “Doveri familiari e responsabilità civile”, en *Il nuovo diritto di famiglia* (dirigido por FERRANDO) I, Bologna, 2007.

ID.: “Violazione dei doveri familiari e responsabilità civile”, *Resp. civ.*, 2007.

G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO (coord.): *Famiglia e matrimonio*, en *Tratt. dir. fam.* (ZATTI), Milano, 2002.

FERRI, G.B.: “La persona nella vita associata”, en STANZIONE, P. (coord.): *Persona e comunità familiare*, Napoli, 1985.

FINOCCHIARO, F.: *Del matrimonio*, en *Comm. CC SCIALOJA – BRANCA*, Bologna, 1971.

FORTIS, A.: “Divorce (Conséquences)”, *Rep. Droit civil Dalloz*, 2011.

FURGIUELE, G.: *Libertà e famiglia*, Milano, 1979.

GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al art. 67 CC”, en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por M. ALBALADEJO), t. II, arts. 22 a 107 del Código Civil, Madrid, 1982.

GIACOBBE, E.: “A. Trabucchi: un “profeta” inascoltato!”, *Dir. fam. pers.*, 2012.

GUITON, F.: “Les dommages et intérêts en réparation d’un préjudice résultant du divorce”, *Rec. Dalloz*, 1980.

JEMOLO, A.C.: “La famiglia e il diritto”, *Annali del seminario giuridico dell’Università di Catania*, 1948-1949.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: “Efectos del matrimonio”, en ID. y otros: *Elementos de Derecho civil*, IV, *Derecho de familia*, 1, 3ª ed., Barcelona, 1989.

LILLO, P.: “Aspetti giuridici e sociali della promessa di matrimonio”, *Dir. fam.*, 1990.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Mª T.: “Remedios indemnizatorios en las relaciones conyugales”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (coordinador): *Daños en el Derecho de familia*, Cizur Menor, 2006.

MENGGONI, L.: “La famiglia in una società complessa”, *Iustitia*, 1990.

MONTECCHIARI, T.: *Violazione dei doveri familiari e risarcimento del danno*, Napoli, 2008.

MORENO MARTÍNEZ, J.A. (coord.): *La responsabilidad civil en la relaciones familiares*, Madrid, 2012.

MORMILE, L., *Vincoli familiari e obblighi di protezione*, Torino, 2013.

MOROZZO DELLA ROCCA, P.: “Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità”, *Riv. crit. dir. priv.*, 1988.

NICOLUSSI, A.: “Obblighi familiari di protezione e responsabilità”, *Eur. dir. priv.*, 2008.

PALADINI, M.: *Gli abusi familiari. Misure personali e patrimoniali di protezione, profili di diritto civile, penale e comparato*, Padova, 2009.

PARADISO, M.: “Famiglia e responsabilità civile endofamiliare”, *Fam. pers. succ.*, 2011.

PARADISO, M., *I rapporti personali tra coniugi*, Sub Artt. 143-148, en *Cod. Civ. Comm.* (dir. por SCHLESINGER y BUSNELLI), 2ª ed., Milano, 2012.

PATTI, S.: *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984.

PERLINGIERI, P.: “Sui rapporti personali nella famiglia”, *Dir. fam. pers.*, 1979.

ID.: “Sulla famiglia come formazione sociale”, *Dir. giur.*, 1979.

ID. (coord.): *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982.

ID.: “I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare”, *Rass. dir. civ.*, 1982.

ID.: “Famiglia e diritti fondamentali della persona”, en ID.; *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005.

ID.: *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005.

ID.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006.

PETTA, C.: “Infedeltà coniugale e responsabilità civile: la risarcibilità dell'illecito endofamiliare nella recente giurisprudenza di legittimità”, *Dir. fam. pers.*, 2012.

ID.: “Alcune considerazioni sulla natura giuridica della responsabilità da illecito endofamiliare e sulla sua estensibilità all'interno della famiglia di fatto”, *Dir. fam. pers.*, 2015.

SESTA, M. (coord.): “Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione “arriva” in Cassazione”, en *Fam. dir.*, 2005.

ID.: *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Torino, 2008.

SILVANI, S.: “Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari”, en *Trattato di diritto di famiglia* (dir. ZATTI), I, 1, Milano, 2011.

STANZIONE, P. (coord.): *Persona e comunità familiare*, Napoli, 1985.

TATARANO, G.: “Rapporti tra promessa di matrimonio e dovere di correttezza”, *Riv. dir. civ.*, 1979.

VILLA, G.: “Gli effetti del matrimonio”, en *Il diritto di famiglia. Famiglia e matrimonio*, I, en *Tratt.* (dir. BONILINI y CATTANEO), Torino, 1997.

VIRGADAMO, P.: “Rapporti familiari e danno non patrimoniale: la tutela dell'individuo tra diritti personali a inviolabilità strutturale e interessi familiari a inviolabilità dinamica”, *Dir. fam. pers.*, 2006.

VISINTINI, G.: *I fatti illeciti*, II, Padova, 1990.

ZACCARIA, A.: “Adulterio e risarcimento danni per violazione dell'obbligo di fedeltà”, *Fam. dir.*, 1997.

ZATTI, P.: “Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia”, en G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO (coord.): *Famiglia e matrimonio*, en *Tratt. dir. fam.* (ZATTI), Milano, 2002, p. 22.

ID: “*Familia, familiae*. Declinazioni di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia”, *Familia*, 2002.

LA RESPONSABILIDAD POR DOLO EN LAS RELACIONES FAMILIARES

LIABILITY FOR WILFUL MISCONDUCT IN THE FAMILIAR RELATIONS

DR. JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Alicante
j.barcelo@ua.es

RESUMEN: La posible aplicación del art. 1.902 C.c. español para indemnizar los daños entre familiares ha sido una cuestión muy discutida. En los últimos quince años los Tribunales españoles se han enfrentado a un novedoso grupo de casos, el de los daños derivados de la ocultación de la verdadera paternidad biológica, concediendo indemnización y dando así entrada a la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares, exigiendo, en la mayoría de las ocasiones, la culpa grave o el dolo como criterio de imputación.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad civil; derecho de familia; dolo; paternidad.

ABSTRACT: The possible application of the article 1.902 Spanish Civil Code to compensate the damages between relatives has been a very controversial question. In the last fifteen years the Spanish Courts have faced a new group of cases, damages derived from the concealment of the true biological paternity, giving compensation and allowing by this way the entry of the tort law in the area of the familiar relations, requiring, in the majority of the occasions, the gross negligence or wilful misconduct as criterion of imputation.

KEY WORDS: civil liability; Family Law; wilful misconduct; paternity.

FECHA DE ENTREGA: 13/03/2016/FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/05/2016.

SUMARIO: I. RAZÓN DE ESTE TRABAJO.- II. LOS CASOS DE OCULTACIÓN DE LA VERDADERA PATERNIDAD BIOLÓGICA.- 1. Las sentencias del Tribunal Supremo.- 2. Las sentencias de las Audiencias Provinciales.- 3. Consideraciones críticas al criterio jurisprudencial de limitar la responsabilidad al caso de dolo.- 4. Apunte de Derecho comparado.

I. RAZÓN DE ESTE TRABAJO.

Las líneas que siguen corresponden a la versión escrita de mi ponencia en las V Jornadas Internacionales de Derecho de Familia celebradas en la Universidad de Valencia el 6 de mayo de 2015 y cuyo objeto de estudio fue “Autonomía de la persona y responsabilidad civil en las relaciones familiares”.

El tema de mi ponencia fue el de la responsabilidad por dolo en las relaciones familiares, apuntando directamente a la cuestión del criterio de imputación que utilizan mayoritariamente nuestros Tribunales para declarar la responsabilidad civil en el ámbito familiar. Detrás de la cuestión concreta, existe, como es bien sabido, la polémica doctrinal¹ y el debate de fondo que se lleva planteando desde hace años sobre la aplicación general de las reglas de la responsabilidad civil a las relaciones familiares, donde tradicionalmente han tenido éxito las tesis que niegan la indemnización (argumentos del carácter cerrado del Derecho de Familia y de la inmunidad familiar, entre otros). Sin embargo, las cosas empiezan a cambiar y ciertamente la jurisprudencia ha abierto la puerta a la indemnizabilidad de este tipo de daños.

Son variadas las situaciones en las que ha hecho ya su entrada la responsabilidad civil en el ámbito familiar. Interesa destacar, en particular y por su especial incidencia en el criterio de atribución de la responsabilidad, el caso de la ocultación de la verdadera paternidad biológica. Aquí, como veremos, ha sido exigido el dolo para declarar la responsabilidad *ex art.* 1.902 CC.

¹ *Vid.* en FARNÓS AMORÓS, E.: “Daño moral en las relaciones familiares”, en *El daño moral y su cuantificación* (dirs. GÓMEZ POMAR, F. / MARÍN GARCÍA, I.), Bosch, Barcelona, 2015, pp. 533 a 537, un estudio reciente de la evolución desde los privilegios e inmunidades familiares a la posible responsabilidad civil extracontractual por los daños causados entre parientes.

II. LOS CASOS DE OCULTACIÓN DE LA VERDADERA PATERNIDAD BIOLÓGICA.

1. Las sentencias del Tribunal Supremo.

Han sido cuatro las sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo que hasta la fecha han tratado el tema: 22 de julio de 1999², 30 de julio de 1999³, 14 de julio de 2010⁴ y 18 de junio de 2012⁵. Solamente en las dos primeras se trató del fondo del asunto, ya que las otras dos declararon la prescripción de la acción.

Antes de proceder a su análisis, podemos ya adelantar que de ellas no se sigue un criterio jurisprudencial claro⁶, pues los argumentos que se manejan en las dos sentencias de 1999 (que son las que entran en el fondo del asunto) difieren de una a otra. También conviene anotar que no se concede indemnización en ninguna de ellas.

La problemática de las dos sentencias de 1999 es la misma: el marido, tras la ruptura del matrimonio y una vez que ha prosperado la impugnación de la filiación, interpone contra la ex esposa acción de reclamación de los daños patrimoniales y morales ocasionados al descubrir que los hijos que creía suyos son, en realidad, fruto de una infidelidad de la esposa durante la convivencia matrimonial.

La primera sentencia a considerar es la de 22 de julio de 1999. Don Gustavo interpone demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra Doña María Concepción, sobre reclamación de cantidad, en concreto 15.000.000 pesetas, más el interés bancario diferencial del 3% durante quince años, que asciende a 9.000.000 pesetas, lo que hace un total de 24.000.000 pesetas por alimentos abonados por el actor a la demandada a favor de Don Jorge Ignacio que resultó no ser hijo suyo. Reclama también el actor otra cantidad, 25.000.000 pesetas, por daño moral, por la actitud y comportamiento doloso de la demandada al ocultar la verdadera paternidad. El Juzgado de Primera Instancia desestima la pretensión de devolución de cantidades actualizadas de alimentos e intereses de la misma, y deja sin juzgar, al apreciar litisconsorcio pasivo necesario, la cuestión relativa a los daños morales. La Audiencia Provincial de Madrid revoca, entra a juzgar y desestima la demanda de Don Gustavo. Concretamente, en lo que se refiere al comportamiento doloso de

² STS 22 julio 1999 (RAJ 1999, 5721).

³ STS 30 julio 1999 (RAJ 1999, 57269).

⁴ STS 14 julio 2010 (JUR 2010, 326836).

⁵ STS 18 junio 2012 (JUR 2012, 213465).

⁶ Al respecto, MURILLAS ESCUDERO, J. M.: "Infidelidad en el matrimonio: ocultación de la verdadera paternidad", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Manuel García Amigo* (dirs. CUADRADO IGLESIAS, M. / NÚÑEZ BOLUDA, M. D.), t. II, La Ley, Madrid, 2015, p. 1818.

Doña María Concepción, la Audiencia no lo considera acreditado al no estimar que con anterioridad a las pruebas de paternidad de 1990 (muchos años después de la ruptura matrimonial), aquélla tuviera conocimiento de que el padre de Don Jorge Ignacio no era el actor, argumento que hace suyo posteriormente el Tribunal Supremo. En efecto, no apreciando dolo en la conducta de la demandada, el Tribunal Supremo opta por negar la indemnización: “Ciertamente, los supuestos que comportan la aplicación del artículo 1902 del Texto Legal sustantivo, vienen a originar, como consecuencia de esa aplicación, una reparación por el daño causado, que puede hacerse extensiva al doble ámbito patrimonial y moral, pero ello no resulta aplicable al caso de autos, en el que, como ha quedado razonado, no era posible hacer aplicación del meritado precepto, debido a no haberse apreciado una conducta dolosa en el comportamiento atribuido a la señora C. y de aquí, que el perecimiento del primer motivo del recurso lleve implícito el correspondiente al segundo analizado”. Podemos, por tanto, concluir que la indemnización al ex marido no se concede por no ser dolosa la conducta de Doña María Concepción, que no conoce la verdadera paternidad del hijo hasta que éste no interpone una demanda de impugnación de filiación.

La segunda de las sentencias dictadas en 1999 es la de 30 de julio. Don Alberto promueve juicio declarativo de menor cuantía contra doña María de los Ángeles, sobre reclamación de 22.200.000 pesetas en concepto de daños morales y patrimoniales, nulidad del convenio regulador y nueva liquidación de la sociedad conyugal. La propia esposa demandó la impugnación de la paternidad, tras la separación, recayendo sentencia que declaró que Don Vicente era el padre de los dos hijos que habían figurado hasta entonces como hijos matrimoniales de Don Alberto. El Juez de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y condena a Doña María Ángeles al pago de 10.000.000 pesetas en concepto de daños morales. La Audiencia Provincial de Madrid, en cambio, revoca y desestima íntegramente la demanda. El recurrente denuncia, como infringidos, los arts. 67 y 68 CC, en relación con el art. 1.101 CC. A diferencia del caso anterior, el de la STS de 22 de julio de 1999, aquí se pretende la aplicación del art. 1.101 CC, considerando que se ha incumplido una obligación contractual, de forma dolosa además. Frente a esta pretensión del recurrente, el Tribunal Supremo niega la indemnización con el siguiente argumento: “Indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil, son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82 pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, los que, de ningún modo es posible comprenderlos dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el artículo 97 e, igualmente, no cabe

comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar”. Se concluye que “el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna, lo cual, origina la imposibilidad de atribuir al Tribunal “a quo” haber infringido, en el aspecto estudiado, los artículos 67 y 68 del Código Civil, en relación en el 1101 del mismo...”.

Tal y como dijimos, es claro que los argumentos difieren entre una y otra sentencia, dictadas con una separación de apenas siete días⁷. Mientras la STS de 22 de julio basa la absolución en la ausencia de dolo de la ex esposa, la posterior STS de 30 de julio prefiere argumentar por otra vía: la única consecuencia de la infidelidad es la separación (es decir, los remedios propios del Derecho de Familia) y la admisión de tal demanda conduciría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia obligaría a indemnizar (es decir, la temida proliferación de demandas).

En fechas más recientes, se han vuelto a plantear ante el Tribunal Supremo dos casos similares a los anteriores, pero en ninguno de ellos se ha resuelto sobre el fondo del asunto, al considerarse prescrita la acción ejercitada por el demandante. La STS de 14 de julio de 2010 trata de un caso de infidelidad y falsa atribución de la paternidad, pero se limita a declarar –como también hicieron el Juzgado y la Audiencia– prescrita la acción de responsabilidad interpuesta por el demandante, con lo cual no sabemos cuál hubiese sido la decisión sobre el fondo del asunto. Un par de años después, la STS de 18 de junio de 2012 confirma la sentencia de Audiencia, que declaró prescrita la acción de responsabilidad extracontractual, por la que se reclamaban daños físicos y morales causados por la pérdida de dos hijas criadas como tales y concebidas por los demandados ocultándole al actor la realidad de tal concepción y paternidad.

2. Las sentencias de las Audiencias Provinciales.

Un apreciable número de sentencias de Audiencias han seguido la pauta marcada por la STS de 22 de julio de 1999⁸ y ello aun cuando no existe

⁷ Circunstancia peculiar y que no deja de sorprender, incluso después de tanto tiempo: al respecto, PÉREZ GALLEGO, R.: “Nuevos daños en el ámbito del Derecho de Familia: los daños morales y patrimoniales por la ocultación de la paternidad biológica”, *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, julio-septiembre 2015, p. 149.

⁸ Nos remitimos, en este punto, a un trabajo anterior nuestro: BARCELÓ DOMÉNECH, J.: “El criterio de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar”, en *La*

jurisprudencia conforme a lo dispuesto en el art. 1.6 CC, pues, como vimos, la posterior STS de 30 de julio de 1999 argumentó de manera distinta, sin que esta conclusión quede alterada por el hecho de ser los dos fallos desestimatorios de la demanda de responsabilidad civil.

Aunque quizás no fuera su intención, lo cierto es que la STS de 22 de julio de 1999 contiene en su razonamiento las claves que permiten abrir la puerta a la responsabilidad civil en casos de procreación de un hijo extramatrimonial con ocultamiento al cónyuge⁹. Como ya se ha visto, el Tribunal Supremo niega la indemnización basándose en la ausencia de dolo de la demandada, lo cual significa, con un sencillo argumento *a contrario*, admitir la imputación del daño si ha existido ocultación dolosa de paternidad¹⁰.

Lo que acabamos de apuntar es precisamente lo que sucede en la SAP Valencia de 2 de noviembre de 2004¹¹, sentencia que verdaderamente marca el inicio de la colonización del territorio por la responsabilidad civil¹² y sí procede a condenar a la ex esposa –y también al verdadero padre– al apreciar dolo en la ocultación de la paternidad, fijando en 100.000 € la indemnización por daño moral. La demanda tenía su fundamento en el daño causado al demandante por la pérdida de tres hijos, queridos y criados como tales, y que fueron concebidos por los demandados durante los años de la convivencia matrimonial, ocultando la realidad de la concepción y paternidad al demandante. La Audiencia distingue varias facetas dentro de las relaciones existentes entre el demandante y los dos demandados: 1) La primera, la

responsabilidad civil en las relaciones familiares (coord. MORENO MARTÍNEZ, J.A.), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 93 y ss.

⁹ *Vid.*, en concreto, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: “Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales”, en *Daños en el Derecho de Familia* (coord. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.), Aranzadi, Pamplona, 2006, p. 175.

¹⁰ Lo explica con bastante claridad la SAP Cádiz de 3 de abril de 2008 (JUR 2008, 234675): “... la única vía para inferir la responsabilidad ahora reclamada vendría de la mano de la aplicación del art. 1902 del Código Civil, siempre que, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 22/julio/99, interpretada a contrario, se aprecie dolo en la conducta de la demandada que no existiría de no haber habido conocimiento ni ocultación de la no paternidad del esposo”.

¹¹ AC 2004, 1994.

¹² En la doctrina, LLAMAS POMBO, E.: “Responsabilidad, infidelidad y paternidad”, *Práctica, Derecho de Daños*, 2005, núm. 25, pp. 3 y ss., advierte que la sentencia supone abrir la caja de Pandora de la responsabilidad civil y el mundo de los daños y su reparación al campo de las relaciones familiares, ya sean éstas conyugales, exconyugales, paternofiliales o de cualquier otra índole; y DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales”, *La Ley*, 2007-II, p. 1668, atribuye gran importancia a la sentencia, en cuanto pionera en nuestra jurisprudencia en el tema de responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales.

Acertadamente la califica la SAP Cádiz de 3 de abril de 2008 (JUR 2008, 234675) como “la resolución que de algún modo abrió la brecha en la doctrina del Tribunal Supremo antes referida”.

infidelidad conyugal, respecto de la cual comparte la doctrina de las sentencias del Tribunal Supremo de 22 y 30 de julio de 1999, en las que se especifica que el daño moral generado por uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no es susceptible de reparación económica alguna, y que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación es la ruptura del vínculo conyugal¹³; 2) la segunda, la procreación de los tres hijos, respecto de la cual comparte el criterio del juzgador de instancia acerca de la negligencia de los demandados en sus relaciones íntimas, no estimando que actuaran de forma dolosa o intencional, para generar un daño al demandante, al engendrar los tres hijos; 3) la tercera, la conducta dolosa de los demandados en la ocultación de la paternidad, señalándose que “hemos de partir de la sentencia del Tribunal Supremo citada de 22 de julio de 1999 interpretada a sensu contrario, pues alude a que “no resulta aplicable al caso de autos, en el que, como ha quedado razonado, no era posible hacer aplicación del meritado precepto, debido a no haberse apreciado una conducta dolosa en el comportamiento atribuido a Doña María Concepción”, lo que nos permite concluir que si sería aplicable el artículo 1902 del Código Civil, y procedería reparar el daño causado si se acreditara una actuación dolosa”.

Es, pues, evidente que la Audiencia Provincial de Valencia se basa en la STS de 22 de julio de 1999 para aplicar el art. 1.902 CC y reparar el daño¹⁴. Pero se da un paso más con respecto a la sentencia del Supremo, ya que se intenta justificar con argumentos el acogimiento del criterio de atribución basado en el dolo, al decir que “hemos de tomar en consideración, la aparición progresiva en la doctrina y la jurisprudencia de excepciones a la regla general de inmunidad en el ámbito de las relaciones familiares y conyugales (estudiado por doña E. R.), y que entre tales excepciones, pueden destacarse la exclusión de los daños dolosos. En esta corriente, podemos hacer referencia al Tribunal Supremo Alemán que ha reconocido excepcionalmente el derecho a ser indemnizado, por causación dolosa contra bonos mores, si el adulterio va acompañado de una intención cualificada de causar daño, como en el caso en que se haya engañado al marido sobre su paternidad, como cita Josep Ferrer Riba, en su estudio sobre Relaciones Familiares y Límites del Derecho de Daños, estimando que se trataría de un hecho generador de responsabilidad extracontractual y que obligaría a reparar el daño causado”.

Para la Audiencia Provincial de Valencia, “los demandados actuaron de forma negligente en la concepción de los hijos y dolosa en su ocultación al actor”, y fue el posterior conocimiento de la verdad “el desencadenante de

¹³ En realidad, este argumento sólo aparece en la STS de 30 de julio de 1999.

¹⁴ Como dice FARNÓS AMORÓS, E.: “El precio de ocultar la paternidad”, *InDret*, núm. 2/2005 (www.indret.com), p. 8, “lo realmente determinante para que la Audiencia otorgue una indemnización es el dolo de los demandados a la hora de ocultar, de forma continuada, la verdadera filiación de los tres menores”.

un daño al actor que debe ser resarcido”, encuadrando la situación vivida por él en el concepto de daño moral¹⁵.

Es ya apreciable el número de sentencias de Audiencias que siguen el criterio de la STS de 22 de julio de 1999, bien para condenar¹⁶, bien para absolver¹⁷, girando la argumentación de la *ratio decidendi* en torno a la existencia o no de conducta dolosa de la demandada.

Frente al criterio anterior, sin duda mayoritario en el panorama jurisprudencial, encontramos fallos que muestran una visión distinta de las cosas, desmarcándose de la exigencia de dolo y considerando suficiente para condenar la conducta culpable o negligente.

Debe destacarse, en este sentido, la SAP Cádiz de 3 de abril de 2008¹⁸, que expresamente se aparta del requisito del dolo o culpa grave, ya que el art. 1.902 CC nada establece al respecto, entendiendo que “cualquier hecho dañoso, antijurídico, imputable a una falta de diligencia de quien lo comete ya genera su responsabilidad”. Y ello aunque califique la conducta de la demandada como “gravemente negligente”.

¹⁵ El argumento ha sido criticado por CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de familia. Casos, reglas, argumentos*, Dilex, Madrid, 2006, pp. 526 y 527: “Pero la causa del daño indemnizable se considera ser no la propia infidelidad de la mujer, sino (a) la *negligencia* (sic) de ser infiel (esposa, ¡pero también el amante!) sin poner los medios para prevenir el embarazo, (b) el *dolo* (sic) de haber ocultado al marido la verdadera paternidad, que era conocida de los demandados. La cosa acaba siendo tan alambicada –como consecuencia de no querer llamar a las cosas por su nombre– que finalmente se afirma que el daño moral que sufre el marido es la pérdida de tres hijos que consideraba como suyos. Resulta entonces, y la propia sentencia lo reconoce en algún lugar, que la fuente del daño no es la conducta infiel, sino el descubrimiento de la verdad, “que ha sido el desencadenante del daño”. En cuyo caso lo que se les reprocha no es el adulterio, sino la falta de discreción por no saber guardar las formas. O se acaba exigiendo un tipo de dolo perverso, y se pretende distinguir éste de un simple dolo más compasivo: como establecer la diferencia entre ser adúltero *para causar daño* al otro cónyuge, y ser simplemente adúltero, contemplando en silencio cómo se dan las circunstancias precisas para que al otro le resulte un daño; que parece ser la distinción que actualmente acepta como decisiva el Tribunal Federal alemán en su jurisprudencia reciente”. *Vid.* también, sobre el mismo tema, CARRASCO PERERA, Á.: “El precio de la infidelidad”, *Westlaw*, BIB 2005/806, p. 1.

¹⁶ Así, SSAP León de 2 de enero de 2007 (JUR 2007, 59972), Valencia de 5 de septiembre de 2007 (JUR 2007, 340366), León de 30 de enero de 2009 (JUR 2009, 192431), Santa Cruz de Tenerife de 16 de octubre de 2009 (JUR 2010, 79320), Murcia de 18 de noviembre de 2009 (AC 2010, 60) y Jaén de 9 de marzo de 2015 (ROJ: SAP J 216/2015).

¹⁷ Así, SSAP Barcelona de 22 de julio de 2005 (JUR 2006, 163268), Pontevedra de 13 de diciembre de 2006 (JUR 2007, 38139), Burgos de 16 de febrero de 2007 (JUR 2007, 217448), Segovia de 11 de diciembre de 2007 (JUR 2008, 148138), Barcelona de 31 de octubre de 2008 (AC 2009, 93), A Coruña de 8 de noviembre de 2010 (AC 2010, 2303), León de 23 de noviembre de 2012 (ROJ: SAP LE 1557/2012) y Granada de 13 de junio de 2014 (ROJ: SAP GR 1148/2014).

¹⁸ JUR 2008, 234675. Posteriormente, en la misma línea, puede verse también SAP Cádiz de 16 de mayo de 2014 (ROJ: SAP CA 822/2014).

Conviene reproducir los extensos y fundados argumentos de esta sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz.

De nuevo, la ocultación de la verdadera paternidad da origen a una demanda de responsabilidad civil. La Juez de Primera Instancia no entiende acreditado que la esposa tuviera pleno conocimiento de que su hija no lo fuera en realidad del que por entonces era su esposo, considerando que no concurre conducta dolosa; sigue, en este punto, la tesis de la STS de 22 de julio de 1999, conforme a la cual “la única vía para inferir la responsabilidad ahora reclamada vendría de la mano de la aplicación del art. 1902 del Código Civil, siempre que, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 22/julio/99, interpretada a contrario, se aprecie dolo en la conducta de la demandada que no existiría de no haber habido conocimiento ni ocultación de la no paternidad del esposo”. La Audiencia, en cambio, mantiene una posición contraria a la del Tribunal Supremo –en la que se basa, como hemos visto, la sentencia de primera instancia□, “que por lo demás es discutible que haya sentado jurisprudencia al tratarse de resoluciones con fundamento al menos parcialmente diverso. Creemos que estamos legitimados para ello por cuanto los cambios normativos fuerzan necesariamente una adaptación de la doctrina a la situación normativa actual. Y en este sentido, entendemos que ni resulta precisa la concurrencia de un dolo explícito en la conducta de la demandada y que su (sic) mero incumplimiento del deber de fidelidad cualificado por el embarazo de un tercero atribuido falsamente por vía de presunción a su marido, es hecho que por sí mismo genera su responsabilidad civil”.

La sentencia acoge el criterio de la SAP Barcelona de 16 de enero de 2007¹⁹ y dice que “la referida construcción se adecua mejor a la realidad de las cosas. Es cierto que en el ámbito del Derecho de Familia solo los incumplimientos en los que medie dolo o culpa grave generan de ordinario responsabilidad (se suele citar como ejemplos la responsabilidad de los padres en la gestión de los bienes de sus hijos menores del art. 168 del Código Civil o la del

¹⁹ Sobre esta sentencia [puede verse en JUR 2007, 323682], se dice lo siguiente: “Un paso más adelante es el que da la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) en su sentencia 16/enero/2007. Es así que, desmarcándose del requisito del dolo exigido por el Tribunal Supremo, la referida resolución califica de negligencia constitutiva de responsabilidad extracontractual la omisión de la adopción de medidas dirigidas a determinar la paternidad biológica, pues la demandada “pudo y debió sospechar que podía ser otro el padre de la menor”. De modo contundente afirma que “la culpa o negligencia a que se refiere el art. 1902 del Código Civil constituye un concepto más amplio que el dolo o intención maliciosa. Puede afirmarse que [la demandada] no tenía la certeza o no sabía que el padre de la menor no era su marido, pero pudo y debió sospechar que podía ser otro el padre de la menor, al haber mantenido relaciones sexuales con dos personas al tiempo de su concepción y debió adoptar las medidas tendentes a su veraz determinación. La omisión en la adopción de dichas medidas debe calificarse como un comportamiento o conducta negligente a los efectos de lo dispuesto en el art. 1902 del Código Civil, por lo que de su actuación u omisión se deriva responsabilidad extracontractual”.

administrador de la sociedad de gananciales en los términos establecidos en el art. 1390 del Código), pero no lo es menos que el art. 1902 con carácter general nada establece al respecto: cualquier hecho dañoso, antijurídico, imputable a una falta de diligencia de quien lo comete ya genera su responsabilidad. Exigir en este ámbito una culpabilidad reforzada se antoja innecesario y además resulta, la mayoría de las veces imposible. Otra cosa es que el hecho generador de responsabilidad aparezca de alguna manera cualificado, esto es, que no se trate de incumplimientos de escasa trascendencia personal. Pero ello no implica que sea exigible un criterio subjetivo de atribución de responsabilidad reforzado por el dolo”.

Tras descartar la exigencia de dolo, la Audiencia alude a la imposibilidad o tremenda dificultad de inferir esa conciencia subjetiva al no ser factible, en la práctica, la prueba. “Si analizamos –dice el Tribunal– un supuesto como el de autos en que la demandada mantenía relaciones sexuales simultáneas con su marido y con el que resultó luego padre de su hijo, tan difícil será acreditar que aquella sabía que era el padre de su hijo en gestación no era su marido como que si lo fuera. Incluso al momento del nacimiento si no es a través de las correspondientes pruebas genéticas, nada podía saber con seguridad. En otras palabras, no es necesaria la concurrencia de una conducta adicional al mero mantenimiento de relaciones simultáneas con ambos hipotéticos progenitores que advere una intención dolosa en orden a atribuir una paternidad irreal al marido, si al resultar embarazada sigue ocultando al marido su infidelidad”.

La Audiencia Provincial de Cádiz califica la conducta de la demandada como “gravemente negligente”, utilizando el siguiente argumento: “... en estos casos, ante la dificultad de probar que ha existido ocultación puede presumirse que la esposa que mantiene simultáneamente relaciones sexuales con otro hombre y queda embarazada sabe o puede saber que existe más de una paternidad posible. En consecuencia, debe hacer todo lo razonable para determinar la paternidad biológica desde el primer momento, evitando así, si es el caso, que se considere padre al marido por el juego de la presunción legal de paternidad matrimonial. Y esa conducta ya es en sí mismo gravemente negligente y legitima su responsabilidad”.

Viene a concluir el Tribunal que “el incumplimiento del deber de fidelidad cualificado como es el caso de autos por la ocultación de la Sra. Marta a su esposo del mantenimiento de relaciones sexuales simultáneas con otro hombre sin procurar la averiguación de quien podía resultar ser el padre tras su embarazo, con la consiguiente atribución de la paternidad al Sr. Diego, justifica la presencia de un ilícito civil susceptible de generar la responsabilidad de la demandada”. Resultó, pues, condenada la esposa demandada, que tuvo que indemnizar al actor por diferentes conceptos (entre ellos, por el daño moral padecido).

3. Consideraciones críticas al criterio jurisprudencial de limitar la responsabilidad al dolo.

El dolo y la culpa grave, como criterios únicos de imputación, se han revelado como un buen recurso contra la tan temida proliferación de demandas entre cónyuges, ex cónyuges y familiares. Pero no es este su papel, como veremos al analizar la cuestión del criterio de atribución a la luz de los arts. 1.104 y 1.902 CC Fuera de los casos de los que ya se ocupa el Derecho penal y la responsabilidad civil derivada del delito, la tarea importante, pendiente de realizar, es la de discernir qué conductas caben en el marco del art. 1.902 CC (o, en su caso, arts. 1.101 y ss. CC, si se defiende la vía contractual). Una vez determinadas esas conductas, entraría en juego el criterio de imputación. Esta es la secuencia lógica, porque el peligro (si tal peligro realmente existe) de avalancha de litigios familiares no se debe evitar con el recurso al dolo y la culpa grave; se trata, en cambio, de determinar en qué casos se responderá y en qué casos, por más que se cause dolor y frustración, no hay obligación de indemnizar; esta es la compleja tarea, que requiere el enjuiciamiento de cada supuesto concreto, ponderando los derechos fundamentales de las partes implicadas²⁰. Dicho con otras palabras: una cosa es la difícil apreciación de valores, conductas e intereses de las partes, y otra muy distinta es que el criterio de imputación deba ser únicamente el dolo o la culpa grave.

El recorrido jurisprudencial realizado con anterioridad nos lleva a la conclusión de que la tesis –hoy por hoy mayoritaria– que limita la responsabilidad al dolo y culpa grave no ha sido argumentada de manera convincente. Adviértase, además, que la tesis ha sido esgrimida en un caso muy concreto, el de la ocultación de la paternidad, mientras que otras situaciones de daños familiares se han ido resolviendo sin exigir el dolo como presupuesto de la indemnización; ni el contagio de enfermedades, ni la interferencia en las relaciones familiares, que son otros dos casos conocidos por la jurisprudencia, se han resuelto en clave de dolo²¹.

La cuestión a la que debemos dar respuesta es la de averiguar si el dolo o la culpa grave son los únicos criterios de imputación de la responsabilidad civil familiar o, por el contrario, la responsabilidad se extiende también a otros casos de conducta negligente. Para ello, ante la ausencia de normas específicas, debe acudirse a los arts. 1.902 y 1.104 CC, que son, a nuestro juicio, aplicables a estos casos. Veamos por separado cada una de estas

²⁰ La responsabilidad civil en el ámbito de la familia es un constante conflicto entre los intereses de los miembros del núcleo familiar sobre el ejercicio legítimo de derechos inherentes a las relaciones familiares. Al respecto, RIBOT IGUALADA, J.: “Nota crítica al libro coordinado por J. R. de Verda y Beamonte, Daños en el Derecho de Familia, Pamplona, 2006”, *ADC*, 2006, pp. 1891 y 1892.

²¹ Nos remitimos, nuevamente, a BARCELÓ DOMÉNECH, J.: *op.cit.*, pp. 108 y ss.

normas.

Rige, en primer lugar, el art. 1.902 CC, que acoge, como es sabido, un sistema subjetivo de responsabilidad²² y no requiere la presencia de ninguna característica especial, ni en la víctima del daño, ni en el dañador; es decir, no existe ninguna prerrogativa que permita que un miembro de la familia cause daño dolosa o culposamente a otro y se exima de responder en virtud del vínculo familiar²³. Argumentos como el mantenimiento de la paz familiar, la evitación de la proliferación de demandas y otros de índole parecida, chocan frontalmente con la existencia del art. 1.902 CC y su aplicación, como régimen común subjetivo, a los daños familiares²⁴. Si se estima que las normas de responsabilidad civil pueden alterar la lógica y coherencia interna del sistema familiar y sus principios, convendría preparar una reforma legislativa, antes que sacrificar la recta interpretación del art. 1.902 CC y la función resarcitoria o compensatoria que está llamado a cumplir.

Haya sido el comportamiento malicioso o meramente imprudente, lo cierto es que en ambos casos se genera la responsabilidad *ex* art. 1.902 CC. El criterio de imputación que señala al sujeto responsable no es únicamente el dolo; hay, por el contrario, dos formas en que se manifiesta la actitud que merece el reproche del ordenamiento jurídico: el dolo y la negligencia. El art. 1.902 CC alude a la culpa en sentido amplio, que engloba al dolo y a la culpa en sentido estricto o negligencia²⁵. Las dos conductas son jurídicamente

²² No hay margen alguno para la responsabilidad objetiva. Salvo que algún día lo establezca el legislador, hay que aplicar el Derecho común y la regla general de responsabilidad civil, que es el art. 1.902 CC, donde la responsabilidad es por culpa.

²³ En otros ordenamientos, se defiende igualmente la idea de que la cláusula general de responsabilidad no se excluye en las relaciones familiares. Así, para el Derecho italiano y en referencia al art. 2.043 CC, *vid.* CASSANO, G.: *Rapporti familiari, responsabilità civile e danno esistenziale*, Padova, 2006, p. 63. Es, en realidad, la consecuencia natural una vez ha sido admitida la aplicación de la responsabilidad civil: sobre ello, FRACCON, A.: “I diritti della persona nel matrimonio. Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno”, *DFP*, 2001, 1, pp. 380 y ss.

²⁴ El riesgo de incremento de reclamaciones puede aminorarse si se perfila adecuadamente en qué casos y bajo qué condiciones se indemniza el daño. El conocimiento de este tipo de datos debería hacer que la demanda no se interpusiese (no se olvide que las normas de responsabilidad civil están sujetas al principio de rogación o instancia de parte) si hay una duda razonable acerca de su éxito, salvo que otro tipo de razones y la no imposición de costas al litigante perdedor jueguen en una dirección distinta. El tema es, en cualquier caso, complejo y de difícil solución.

²⁵ La expresión “interviniendo culpa o negligencia” del art. 1.902 CC ha sido interpretada como comprensiva tanto del dolo como de la culpa.

El mismo criterio sigue el art. 4:101 PETL (*Principles of European Tort Law*), al decir que “una persona responde con base en la culpa por la violación intencional o negligente del estándar de conducta exigible”. En el comentario al precepto, se indica que “Culpa” se utiliza como término omnicomprendivo, en el sentido de que incluye tanto el dolo como la negligencia. Se entiende en una forma puramente objetiva como desviación o violación del “estándar de conducta exigible”, ya sea intencionalmente (*violación intencional* de dicho estándar), ya por

reprobables y deben dar lugar a la indemnización del daño causado.

No es dudoso que los casos de daños familiares planteados en los Tribunales han vuelto a situar a la culpa en primer plano²⁶, y han revalorizado el papel del criterio de imputación del daño por razón del dolo como dique de contención de una temida expansión de la responsabilidad civil hacia ámbitos especialmente problemáticos, algo que, visto con cierta perspectiva histórica, no deja de sorprender²⁷. Hay –o se piensa que hay– un peligro de desbordamiento²⁸. Existe –o ha existido hasta hace poco– la percepción de que es un cambio de orientación excesivo pasar de la inmunidad a la responsabilidad por un comportamiento simplemente negligente. Volvamos a recordar, una vez más, el origen del requisito del dolo en la STS de 22 de julio de 1999, dictada en un contexto poco favorable a la reparación del daño entre cónyuges. Ahora bien, a nuestro juicio no hay base legal para sostener que la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares queda limitada al dolo (y culpa grave)²⁹. Es cierto, y la realidad y los casos enjuiciados así lo demuestran, que este tipo de daños suelen venir causados por una conducta dolosa. Es previsible que esto siga siendo así, porque la propia naturaleza de estos casos determina que en ellos sea mayor el grado de consciencia y de voluntad, y porque son inimaginables algunas hipótesis de conductas culposas (la violación del deber de fidelidad, por ejemplo). Sin embargo, son censurables las resoluciones jurisprudenciales que exigen el dolo³⁰ y no argumentan los motivos por los que la culpa no puede dar origen a la obligación de indemnizar. Constatar la existencia de culpa y negar la

omitir actuar con la diligencia y prudencia necesarias que pueden esperarse “razonablemente” (*violación negligente del estándar*). *Vid.* EUROPEAN GROUP ON TORT LAW: *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, Texto y comentario. Traducción a cargo de la “Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado” (REDPEC), coordinada por M. MARTÍN-CASALS, Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 109.

²⁶ Adviértase que el reproche culpabilístico es distinto del reproche moral. Lo que analizamos, en términos de culpa y tanto si la responsabilidad es contractual como extracontractual, es si el comportamiento ha sido diligente (cuidadoso) o negligente (descuidado).

²⁷ Como recuerda GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Comares, Granada, p. 53, la doctrina civil no se ha preocupado en demasía por el dolo, porque parece pensarse implícitamente que lo hay que indemnizar es el daño, y a estos efectos es igual que se haya producido con o sin intención.

²⁸ Habría, en consecuencia, una suerte de “inmunidad” para el sujeto que actúa únicamente a título de culpa.

²⁹ Es también discutible la propia equiparación entre dolo y culpa grave. Muchas veces se plantea una eficacia general de esta regla, que no se corresponde probablemente con la realidad. Una cosa es que preceptos del Código, para casos concretos, equiparen el dolo y la culpa grave, y otra muy distinta es que se quiera anudar la misma consecuencia con carácter general para casos que son distintos. Mientras no exista una norma general que así lo establezca, los argumentos favorables a la equiparación son, como decíamos al principio, muy discutibles.

³⁰ Aunque sin base normativa, da la impresión que las sentencias que limitan la condena al dolo manejan la óptica de la punición o el castigo.

indemnización es un resultado contrario a las normas de nuestro ordenamiento jurídico: se introduce un requisito, el dolo, que no ha sido formulado por el legislador, y con ello se pone un límite a la tutela resarcitoria que no se deduce del dato normativo.

En el dolo no hay referencia alguna al modelo de conducta, al contrario de lo que sucede con la culpa. Con ello, incorporamos el segundo dato normativo, el del art. 1.104 CC, que refuerza la posición que venimos sosteniendo: a falta de reglas especiales, la negligencia debe entenderse en la forma señalada por este precepto. La diligencia exigible en la responsabilidad civil extracontractual³¹ es la diligencia del “buen padre de familia”, adaptada a las circunstancias del caso³². Se parte de un modelo ideal, abstracto (art. 1.104.II CC), que necesita ser adaptado a las particularidades del supuesto enjuiciado, como son la naturaleza de la obligación y las circunstancias de personas, tiempo y lugar (art. 1.104.I CC)³³. Es el momento de juzgar los intereses y

³¹ El art. 1.104 CC es también aplicable al campo extracontractual. Así, entre otros, CARRASCO PERERA, Á.: en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (art. 1.104 CC)* (dir. ALBALADEJO, M.), t. XV, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1989, pp. 585 y 586; Díez-PICAZO, L.: *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 360 y 361, y, más recientemente, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, V, La responsabilidad extracontractual*, Civitas, Madrid, 2011, p. 270; LLAMAS POMBO, E.: en *Jurisprudencia civil comentada (art. 1.104)* (dir. PASQUAU LIAÑO, M.), t. II, Comares, Granada, 2000, p. 1839; PEÑA LÓPEZ, F.: *La culpabilidad...*, cit., p. 460; MARTÍN-CASALS, M. / SOLÉ FELIU, J.: en *Comentarios al Código Civil (art. 1.902)* (dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, A.), Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 2051.

³² El art. 4:102 (1) PETL define el estándar de conducta exigible como “el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos”. *Vid.* EUROPEAN GROUP ON TORT LAW: *op. cit.*, pp. 114 y 115.

³³ Los dos párrafos del art. 1.104 CC parecen contradictorios. Mientras el primero establece un modelo concreto, que ha de adaptarse en cada caso a la naturaleza de la obligación, así como a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, el segundo establece un modelo abstracto y general, consistente en la diligencia de un buen padre de familia. Además, el segundo párrafo del art. 1.104, al decir que “cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en el cumplimiento”, parece señalar que este es un modelo subsidiario o supletorio, que sólo tiene cabida en defecto del modelo concreto.

La doctrina ha ofrecido, sin embargo, una interpretación integradora de ambos párrafos del art. 1.104 CC. Así, BADOSA COLL, F.: en *Comentario del Código Civil (art. 1.104)* (dir. PAZ-ARES, C. / Díez-PICAZO, L. / BERCOVITZ, R. / SALVADOR CODERCH, P.), t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 42: “La unidad del art. 1104 impone la *coordinación* de los modelos del párrafo I y del párrafo II. Esta coordinación debe hacerse dando preferencia al modelo del párrafo II por razones históricas, por su presencia general en el CC (los citados arts. 270, 1094, 1719 II, 1788, 1889 I), por motivos de equidad ya que sería excesivamente riguroso para con el deudor y por la propia eficacia exoneradora de la diligencia que requiere como nota la admisión de su posible insuficiencia. El modelo del párrafo I se convierte así en un medio de precisar o “concretar” la “abstracción” del modelo del párrafo II”.

bienes protegidos, las cualidades de dañador y dañado, que son factores importantes para la adaptación del modelo abstracto³⁴.

La interpretación conjunta de los arts. 1.902 (responsabilidad por culpa y por dolo) y 1.104 CC (adaptación a las circunstancias del modelo del buen padre de familia) son los datos normativos que deberá manejar el intérprete para ir resolviendo las demandas de responsabilidad civil por daños causados en el ámbito familiar³⁵. Esta debería ser la línea argumental a seguir, tanto por quienes sostienen la limitación de la responsabilidad al dolo y culpa grave, como por quienes entendemos que otro tipo de conductas, distintas del dolo o culpa grave, tienen también como consecuencia la obligación de indemnizar, sin privilegio o eximente alguna en razón del ámbito familiar en el que se han producido.

Los Tribunales, sin necesidad de apelar a la graduación de la culpa, deben apreciar la falta de diligencia conforme a los parámetros del art. 1.104 CC: el estándar de la diligencia de un buen padre de familia, adaptado a las circunstancias del caso. No nos apartemos del criterio legal, ni olvidemos el paradigma y su valor en el ordenamiento civil; es sencillamente incomprensible que, salvo contadas excepciones³⁶, no se haga referencia alguna al “buen padre de familia” en las sentencias citadas a lo largo de este trabajo.

Si aplicamos el art. 1.104 CC y su estándar de la diligencia del buen padre de familia, veremos que lo que cambia no es el modelo, sino las circunstancias

Se trata de dar primacía al modelo abstracto del buen padre de familia, que encuentra su concreción o adecuación en las circunstancias que rodean cada obligación.

³⁴ Como indica BADOSA COLL, F.: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, p. 77, la diligencia es un esquema o marco de conducta que carece de significado en sí mismo, y “lo que le da valor es la integración de su contenido mediante un determinado módulo de comportamiento”.

³⁵ El Tribunal Supremo, en su sentencia de 17 de julio de 2007 (RJ 2007, 4895) [existe un comentario a esta sentencia en SALVADOR CODERCH, P. / RAMOS GONZÁLEZ, S.: “Relaciones de complacencia y deberes para con los invitados”, *InDret*, núm. 2/2008 (www.indret.com)], entiende que para establecer el estándar de diligencia exigible pueden ser útiles los criterios enumerados en el art. 4:102 (1) PETL, ya que “tales criterios deben tomarse como referencia para integrar la lacónica formulación del art. 1902 CC y completar el valor integrador generalmente aceptado de otros preceptos del propio Código encuadrados en el capítulo relativo a la naturaleza y efectos de las obligaciones, como el art. 1104 cuando alude tanto a la “diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar” como a “la que correspondería a un buen padre de familia” para, así, configurar un modelo de conducta diligente válido para la mayoría de los casos”.

Recuérdese, a este respecto, que el art. 4:102 (1) PETL menciona la naturaleza y el valor del interés protegido, la peligrosidad de la actividad, la pericia exigible al agente, la previsibilidad del daño, la relación de proximidad o confianza entre los implicados, así como la disponibilidad y el coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos.

³⁶ Así, la SAP Islas Baleares de 14 de septiembre de 2001 (*AC* 2001/2221).

en que el mismo ha de ser aplicado; lo ha dicho, con claridad, CARRASCO³⁷: “... todas las conductas pueden ser, en sede del artículo 1.104, objeto de una consideración especial y particularizada sin necesidad de “salir” ni del modelo ni del grado (medio). Entiendo que el artículo 1.104 da cabida a todas las diligencias prestables, de manera que, en lugar de sostener que nuestro Código civil ha acabado con la tripartición de culpas o pluralidad de modelos, lo que realmente ha hecho es *integrarlos* todos en el tipo único”.

El tipo o modelo único, aplicado al caso, ¿conduce a un grado de diligencia equivalente a lo que llamaríamos “culpa grave”? Esta es la cuestión que hay que responder, y aquí está la clave del tema que nos ocupa. Hay que averiguar si las circunstancias de las personas u otros criterios permiten valorar la diligencia exigible de tal modo que solamente se responda en lo que en una diligencia-concepto³⁸ denominaríamos culpa grave.

Llegados a este punto, entendemos que la respuesta ha de ser negativa. Ni el valor del interés protegido³⁹, ni la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas⁴⁰ pueden servir como argumentos; más bien, sucedería lo contrario y podría perfectamente la ponderación de estos mismos factores llevar a exigir una mayor intensidad de la diligencia en este ámbito⁴¹.

En los casos de ocultación y falsa atribución de la paternidad, por volver al ejemplo que da origen a la tesis que circunscribe la responsabilidad al dolo, si se quiere evitar que la conducta sea tachada de negligente, se deberá acomodar a lo que pueda considerarse idóneo para neutralizar el riesgo de atribuir la paternidad del hijo a quien no es el padre, lo cual implica

³⁷ CARRASCO PERERA, Á.: en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (art. 1.104)*, cit., p. 616.

³⁸ Ha señalado CARRASCO PERERA, Á.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (art. 1.104)*, cit., p. 613, que “la crítica al modelo p.f. proviene de un defectuoso uso de los instrumentos lingüísticos. “Buen padre de familia” *no es un concepto de una determinada diligencia*, de manera que al mencionar el concepto tuviésemos dada ya la diligencia de la cual es definición. No es concepto, sino índice (en la terminología lógica), o bien en el simple nombre de la diligencia prestable en cada caso. *B.p.f. es el nombre de la diligencia prestable, atendidas todas las circunstancias del caso*. De manera que no puede decirse que diligencia b.p.f. = una diligencia del tipo X (que sería distinta de una diligencia del tipo Y); sino: sean X, Y o Z la diligencia prestable al caso = diligencia b.p.f. Siendo nombre o índice, la diligencia b.p.f. no es un criterio de determinación de la diligencia exigible, sino la clase de todas las diligencias prestables en cada caso y según las circunstancias, cuya aplicación se determinó en base a determinados criterios”.

³⁹ Art. 4: 102 (1) PE’TL, citado anteriormente.

⁴⁰ Art. 4: 102 (1) PE’TL, citado anteriormente.

⁴¹ Siempre es preferible responder sólo por dolo que no responder, pero si la responsabilidad existe sólo en caso de dolo no hay duda que la tutela al dañado es menos intensa que si también existe responsabilidad por culpa.

determinar de manera veraz la paternidad⁴². No hacerlo así supondría admitir y tolerar comportamientos negligentes en contra de lo que se deduce de la interpretación de los arts. 1.902 y 1.104 CC. Es exigible que se pongan los medios necesarios para determinar de una manera veraz la paternidad, cuando se engendra un hijo tras mantener relaciones sexuales con el esposo y con persona distinta a éste. No hay motivo (y no lo es la circunstancia familiar) para limitar la responsabilidad a los casos en los que se conoce la verdadera paternidad (dolo) o no se conoce, pero es altamente probable que el hijo no sea del marido y sólo una persona extremadamente descuidada lo ignoraría (culpa grave). Debe, en definitiva, ser indiferente que se supiera o no, ya que el daño causado es el mismo, y la conducta de la esposa (y del verdadero padre, en su caso) es, sin duda, susceptible de un reproche culpabilístico, suficiente para fundamentar la responsabilidad del art. 1.902 CC..

La tesis que limita la responsabilidad al dolo o culpa grave presenta otro inconveniente: exige una delimitación clara y precisa del entorno familiar y los sujetos implicados. Sigamos con el ejemplo de la ocultación de la paternidad biológica: entre cónyuges, la responsabilidad quedaría limitada al dolo o la culpa grave; ahora bien, si se demanda a un tercero (al verdadero padre), su responsabilidad sería también atribuida por culpa o negligencia leve, pues aquí no hay rol ni núcleo familiar, ni características peculiares que aconsejen mantener el dolo o la culpa grave como requisito del carácter reparable del daño. Otro ejemplo ilustrativo lo tendríamos en la privación de la compañía de los hijos por parte del ex cónyuge o cónyuge separado, donde, dada la ruptura de la convivencia, el criterio de imputación volvería a ser la culpa cuando demanda el progenitor dañado; en cambio, si quien demanda es el hijo (que, indudablemente, también ha resultado perjudicado), el criterio que debiera regir sería el dolo o la culpa grave. La solución, por tanto, sería distinta, en función de si quien daña es el cónyuge o un tercero, o si se daña dentro o fuera del matrimonio o del entorno familiar⁴³, y así podría

⁴² Un planteamiento contrario al aquí defendido es el de la SAP Granada de 13 de junio de 2014 (ROJ: SAP GR 1148/2014), que sigue la tesis mayoritaria del dolo. En el caso de autos, el embarazo tuvo lugar antes del matrimonio y se atribuyó la paternidad al marido por nacer el hijo dentro de los 180 días siguientes al matrimonio (art. 117 CC). Afirma la Sala que “la simple duda de la paternidad por parte de la esposa, no es determinante en todo caso, de responsabilidad frente al esposo por el posterior descubrimiento de la auténtica filiación biológica. Sino que habrá de estarse a las circunstancias concurrentes en el caso concreto para valorar si la esposa debió sopesar la conveniencia de comunicar la realidad de sus relaciones, como susceptibles de contradecir la presunción de filiación paterna matrimonial”.

⁴³ La tesis la formula, al hilo del comentario de la STS de 30 de junio de 2009, MARÍN GARCÍA, I.: “Comentario a la STS (Sala 1ª) de 30 de junio de 2009”, *CCJC*, 2011, núm. 84, p. 1383: “... la ruptura de la convivencia en común de los progenitores comporta la formación de dos núcleos familiares separados y, por tanto, el criterio de imputación subjetiva vuelve a ser la culpa o negligencia, puesto que en el momento de la producción del daño no media entre víctima y dañante relación de parentesco o afectividad alguna. En

continuarse hasta imaginar todas las situaciones posibles. Solución que no vemos admisible, pues no debe recibirse una protección y tutela diferente, según los titulares estén dentro o fuera del contexto familiar⁴⁴.

Una problemática similar a la que acabamos de referirnos plantea la posibilidad, que ya se ha producido en la realidad, de solicitar y obtener la condena del cónyuge y del tercero que ha participado también en la producción del daño. Fue el caso de la SAP Valencia de 2 de noviembre de 2004⁴⁵, que condenó al ex cónyuge y al padre de los tres hijos extramatrimoniales, ya que ambos habían participado en la ocultación dolosa de la paternidad⁴⁶. Si la responsabilidad se ciñe a los supuestos de dolo y culpa grave, ¿es aplicable también esta limitación al tercero? Algún autor responde afirmativamente⁴⁷, seguramente para evitar que se condene al tercero y se absuelva al ex cónyuge si la conducta no es constitutiva de dolo ni de culpa grave. Ahora bien, no se puede pasar por alto el resultado

cambio, si el menor es quien ocupa la posición de la víctima, el criterio que debería gobernar la atribución de responsabilidad es el dolo o la culpa grave, pues en el entorno doméstico el progenitor mantiene con el menor una relación de confianza que, en principio, hace que el padre o la madre sea la persona más adecuada para decidir qué es lo mejor para su hijo”.

⁴⁴ En realidad, se parte muchas veces de la ingenua creencia de que la relación conyugal no está rota. Quienes siguen viviendo juntos, ¿van a entablar una demanda entre ellos? CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de familia*, cit., p. 527, lo ha descrito así: “... en el contrato matrimonial... si el cónyuge afectado por el incumplimiento de los deberes establecidos en los arts. 67 y 68 CC no reclama la resolución del contrato (separación, divorcio), no puede pretender autónomamente que se le indemnicen los daños producidos por el incumplimiento de estas obligaciones por el otro cónyuge. ¿Por qué? Para el operador jurídico es muy difícil entrometerse en este tipo de relaciones con posibilidades de éxito y sin causar más perjuicios de los que evita con su intervención. No será tan importante si, a pesar de todo, sigues viviendo con ella. No vale la pena invertir recursos públicos para dar curso a demandas contradictorias entre quienes siguen durmiendo juntos. *Lleguen a un acuerdo o presenten una demanda de separación o divorcio, es lo más que se puede decir desde fuera*”.

⁴⁵ AC 2004, 1994.

Hay otros casos: así, SAP León de 2 de enero de 2007 (JUR 2007, 59972).

⁴⁶ “... Fijamos como indemnización la suma de 100.000 Euros, que deberán satisfacer, solidariamente, ambos demandados, pues el dolo en el ocultamiento de la no-paternidad, puede ser reprochable moralmente, en mayor medida a la que era su esposa, pero jurídicamente lo es a los dos por igual”.

⁴⁷ Para VARGAS ARAVENA, D.: *Daños civiles en el matrimonio*, La Ley, Madrid, 2009, p. 283, la responsabilidad del tercero se debe limitar “a aquellas situaciones en que éstos hayan realizado un comportamiento activo, ya sea induciendo o confabulando con el cónyuge deudor al incumplimiento de los deberes conyugales, no siendo suficiente en ningún caso el simple saber o deber saber que el deudor se hallaba obligado por matrimonio, ni mucho menos cualquier cooperación culpable o negligente, y aun por omisión, al incumplimiento; sostener lo contrario produciría un número ilimitado y desmesurado de acciones en contra de terceros, ya que bastaría alegar que éstos, sabiendo o debiendo saber que una persona se encuentra casada, no se han comportado con su máxima diligencia (bastaría imputarles cualquier culpa), contribuyendo con su acción u omisión al incumplimiento de los deberes conyugales”.

absurdo al que conduce la exigencia del dolo y culpa grave para imputar la responsabilidad, en la medida que nos sitúa ante la tesitura de extender, sin razón alguna que realmente lo justifique, el privilegio a terceros ajenos al ámbito familiar⁴⁸. Y si no hay tal extensión, la discriminación es evidente.

El terreno en el que nos movemos, no vamos a negarlo, es difícil, y la decisión a favor de extender la responsabilidad civil a las relaciones familiares no siempre termina de convencer con plenitud. En el momento presente, dada la evolución doctrinal y jurisprudencial, y sin perjuicio de una intervención del legislador que pueda adoptar una posición concreta, entendemos que lo más correcto es aplicar la parte general de la responsabilidad civil (arts. 1.104 y 1.902 CC) y no vemos razones que permitan exonerar si no concurre el dolo y la culpa grave, dejando sin reparación otras negligencias⁴⁹. En cuanto haya culpa, debe responder el autor del daño. La tesis que limita la responsabilidad al dolo y culpa grave incurre en el mismo error que algunas sentencias que fijan una indemnización mayor en el caso de conducta dolosa o gravemente imprudente del dañante⁵⁰. Ni una ni otra cosa tiene base legal. No es admisible que se responda solamente cuando se supera el grado de negligencia medio, ni tampoco que la indemnización sea mayor o menor en función de la gravedad de la conducta⁵¹.

Un criterio privilegiado y distinto al general de los arts. 1.104 y 1.902 CC es, sin duda, una opción de política legislativa, pero hoy, lo único cierto, es que carece de respaldo en nuestro ordenamiento. No entenderlo así es introducir la necesidad de un presupuesto –la conducta dolosa– que es contradictorio con la disciplina general y no encuentra un apoyo normativo que lo justifique⁵². Se debe, por tanto, considerar suficiente el comportamiento culposo, si bien hay que reconocer que su papel puede ser ciertamente limitado, pues se trata de un campo en que las cosas difícilmente suceden por

⁴⁸ Si no se hace así, ¿por qué motivo se fijaría un grado de culpabilidad distinto a sujetos que son todos ellos responsables del daño causado?

⁴⁹ Tenemos que elegir entre el daño a cargo de quien lo sufre sin culpa alguna u obligar a repararlo a quien lo ha causado, aun cuando su comportamiento haya sido negligente en grado mínimo.

⁵⁰ *Vid.*, sobre esta última cuestión, PANTALEÓN PRIETO, F.: en Comentario del Código Civil (art. 1.902) (dir. PAZ-ARES, C. / DíEZ-PICAZO, L. / BERCOVITZ, R. / SALVADOR CODERCH, P.), t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1971.

⁵¹ Como ha señalado LLAMAS POMBO, E.: “Formas de reparación del daño (I)”, *Práctica, Derecho de Daños*, 2010, núm. 80, p. 13, “la indemnización no se gradúa en función de la gravedad de la conducta dañadora ni, eventualmente, de la reprochabilidad de la misma, sino con arreglo a la entidad del daño”.

⁵² El legislador ha dado sobradas muestras de que sabe utilizar el criterio del dolo y la culpa grave. En el ámbito de responsabilidad civil familiar: así, art. 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores; y fuera de él: así, últimamente, arts. 6.2 y 14 de la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radioactivos.

descuido, pero ninguna razón existe para negar de entrada tal posibilidad.

4. Apunte de Derecho comparado.

El ordenamiento que ofrece mejor comparación es, a nuestro juicio, el Derecho italiano, donde se aplican las normas generales de responsabilidad civil (el art. 2.043 CC, conforme al cual “cualquier acto doloso o culposo que cause un daño injusto a terceros, obliga al que lo ha realizado a resarcir el daño”) y en el que se ha suscitado también la duda en torno al criterio de imputación. En el Derecho francés, donde de manera expresa algunas normas reconocen el derecho a la reparación de las consecuencias dañosas ocasionadas por el divorcio, se ha planteado la posibilidad de indemnizar con base en la cláusula general de responsabilidad (el art. 1.382 *Code*) otro tipo de daños distintos de los causados por la disolución del matrimonio⁵³, pero sin llegar al desarrollo doctrinal y jurisprudencial italiano, a pesar de lo antiguo de la discusión⁵⁴; y de manera muy distinta discurren las cosas en el Derecho alemán, cuya jurisprudencia es clara en el sentido de negar la aplicación de las normas de responsabilidad extracontractual cuando existen de normas particulares de Derecho de familia (§§ 1.359 y 1.664 BGB), salvo alguna notable excepción⁵⁵.

En Italia, una vez admitida la aplicación de la cláusula general del art. 2.043 CC al ámbito familiar⁵⁶, se suscita alguna división de opiniones en el punto

⁵³ *Vid.* MALAURIE, P. / FULCHIRON, H.: *La famille*, Paris, 2006, p. 300.

⁵⁴ *Vid.*, por ejemplo, NERSON, R.: “Personnes et droits de famille”, en *Jurisprudence française en matière de droit civil*, RTDC, 1966, pp. 514 y ss., y la jurisprudencia y doctrina allí citadas.

⁵⁵ El Tribunal Supremo sostiene la negativa a indemnizar los daños derivados del adulterio o de la atribución errónea de paternidad, reconociendo de manera excepcional la posibilidad de ser indemnizado *ex* § 826 BGB si el adulterio ha tenido como presupuesto una intención concreta de causar daño: BGH de 19 de diciembre de 1989 (*NJW* 1990, pág. 706 y ss.).

Esta sentencia ha sido uno de los argumentos empleados en la SAP Valencia de 2 de noviembre de 2004, para limitar la responsabilidad del art. 1.902 CC al caso de actuación dolosa. Esta invocación no resulta, a juicio de DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Responsabilidad civil”, *cit.*, p. 1662, muy convincente, ya que el rigor de la sentencia alemana se justifica en la tipificación de los ilícitos civiles de este sistema, lo que no sucede en España, Francia o Italia, que no siguen el principio de tipicidad, sino el de cláusula general, en la que es posible incluir todo hecho dañoso, antijurídico, imputable a una falta de diligencia de quien lo comete.

⁵⁶ En la jurisprudencia, particular relevancia tiene la sentencia del Tribunal de Casación de 10 de mayo de 2005 (*Giur.it.*, Aprile 2006, págs. 691 y ss.), donde se afirma el principio de que la violación de los deberes conyugales, cumpliendo los presupuestos descritos en el art. 2.043 CC, da lugar a un daño patrimonial y no patrimonial. En concreto, se dice: “Puesto que los deberes que derivan del matrimonio tienen naturaleza jurídica, la violación de los mismos que se traduzca en conducta de intrínseca gravedad tal que pueda configurar agresiones a derechos fundamentales (entre los cuales se encuentra el derecho a la

concreto del criterio de imputación. Podría calificarse la situación actual como la de un cierto estado de indefinición en esta cuestión.

Hay autores que defienden la inclusión por la jurisprudencia –el legislador no ha previsto expresamente la cuestión– del ilícito familiar en la categoría de ilícitos necesariamente dolosos⁵⁷. Así, para CARINGELLA⁵⁸, ciertas declaraciones jurisprudenciales, que exigen incumplimientos particularmente graves de los deberes familiares para hacer surgir la responsabilidad civil, deben interpretarse en el sentido de que se requiere el elemento del dolo. En la misma línea, para CATERBI⁵⁹, las reiteradas referencias de la jurisprudencia

sexualidad) hace surgir el derecho del otro cónyuge al resarcimiento del daño patrimonial y no patrimonial, sin que pueda afirmarse que la violación de tales obligaciones encuentre su sanción propia en las medidas típicas previstas por el Derecho de Familia, como la separación, el divorcio, la imputación de la separación, la pensión de divorcio, etc.". La sentencia es representativa de un modelo de juridificación por medio de la jurisprudencia, es decir, de someter a reglamentación jurídica áreas de comportamientos antes no reguladas: al respecto, CARBONE, E.: "La giuridificazione delle relazioni domestiche e i suoi riflessi aquiliani", *Famiglia*, 2006, 1, p. 84.

Antes de esta sentencia, otras del mismo Tribunal de Casación habían ya formulado declaraciones que se interpretaban como una admisión abstracta de la acumulación de remedios propios del Derecho de Familia y del Derecho de daños; así, en *Cass. Civ.* de 26 de mayo de 1995 (*Giur.it.*, 1997, Parte I, pp. 843 y ss.), puede leerse: "... la imputación de la separación no entra, por sí misma, en el catálogo de los criterios de atribución de la responsabilidad extracontractual del art. 2.043 CC, determinando, en concurso con otras circunstancias previstas legalmente, solamente el derecho del cónyuge no culpable a la manutención ... y pudiéndose por tanto otorgar el resarcimiento de daños ulteriores sólo si los hechos que dan lugar a la declaración de la imputabilidad integran los extremos del ilícito de la cláusula general de responsabilidad expresada por la norma ahora citada". Esta sentencia es calificada como "el primer contacto significativo entre responsabilidad civil y Derecho de familia": así, SELLA, M.: *I danni non patrimoniali*, Milano, 2010, p. 584.

En la doctrina, es mérito de PATTI, S.: *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, pp. 76 y ss., sostener, mucho antes que la jurisprudencia y en claro contraste con otros autores, la aplicación de la normativa de responsabilidad civil al ámbito familiar.

⁵⁷ *Vid.* el planteamiento en GAUDINO, L.: "La responsabilità civile endofamiliare", *Resp. civ. prev.*, 2008, núm. 6, p. 1244, que se muestra a favor de la exigencia del dolo.

⁵⁸ CARINGELLA, F.: «I rapporti tra coniugi e la responsabilità civile», en FACCI, G.: *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Wolters Kluwer Italia, 2009, pp. 22 y ss. Cita la sentencia de 11 de noviembre de 2008 de las *Sezione Unite* del Tribunal de Casación, y la sentencia del Tribunal de Casación de 10 de mayo de 2005. La primera, que agrupa cuatro pronunciamientos de idéntico contenido, crea *ex novo* los requisitos "de la gravedad de la lesión y de la seriedad del daño" [*vid.* la sentencia y los comentarios de BARGELLI, E.: "Danno non patrimoniale: la messa a punto delle sezioni unite", pp. 117 y ss., y DI MARZIO, M.: "Danno non patrimoniale: grande è la confusione sotto il cielo, la situazione non è eccellente", pp. 112 y ss., en *NGCC*, 2009, Parte Prima, pp. 102 y ss.]. La segunda (ya citada por nosotros en una nota anterior) precisa que no son relevantes "los comportamientos de mínima eficacia lesiva, susceptibles de encontrar solución en el interior de la familia con base en el espíritu de comprensión y tolerancia que es parte del deber de recíproca ayuda, sino únicamente aquellas conductas que por su intrínseca gravedad se configuran como agresiones a los derechos fundamentales de la persona".

⁵⁹ CATERBI, S.: "Infedeltà coniugale e responsabilità civile", *Resp. civ. prev.*, 2008, núm. 10, p. 2084.

a la “gravedad de la conducta” imponen el dolo y la consiguiente irrelevancia de conductas culposas, que además difícilmente se pueden dar en el caso, citando, a este respecto, la infidelidad, que no puede sino ser querida, y por ello no cabe una infidelidad por culpa o imprudencia.

Otros, caso de PILLA⁶⁰, sostienen que es indiferente el dolo o la culpa para hacer surgir la responsabilidad. Profundizando algo más en el estudio de la jurisprudencia, FRACCON⁶¹ afirma que la referencia a “una particular y objetiva gravedad” de la conducta no debe ser entendida como fijación de un determinado grado de culpa (el art. 2.043 CC no exige culpa grave), sino que tal apreciación se relaciona con la injusticia del daño, exigiendo que sea relevante la lesión del interés tutelado.

No faltan, por último, quienes fijan el criterio de imputación en función del interés lesionado: si el bien en juego ocupa uno de los primeros lugares de la escala del sistema (integridad psicofísica, capacidad de procreación, dignidad, libertad de movimiento), basta la culpa; si el bien es de otro tipo (bienestar espiritual, delicadeza, confidencialidad), hay que exigir el dolo⁶².

Lo cierto es que la jurisprudencia no ha formulado un criterio claro al respecto. Así, una sentencia emblemática en este ámbito, como es la del Tribunal de Milán de 4 de junio de 2002⁶³, al referirse al criterio de imputación del art. 2.043 CC, afirma la necesidad de averiguar si el comportamiento es subjetivamente imputable al cónyuge que incumple por dolo o por culpa. En cambio, para la sentencia del Tribunal de Venecia de 14

⁶⁰ PILLA, V.: *Separazione e divorzio. Profili di responsabilità*, Padova, 2007, p. 243.

⁶¹ FRACCON, A.: *Relazioni familiari e responsabilità civile*, Milano, 2003, p. 173, con cita de la sentencia del Tribunal de Milán de 24 de septiembre de 2002.

Conforme a esta tesis, una cosa es que el criterio de imputación sólo sea el dolo y otra muy distinta que se exija una conducta particularmente grave del cónyuge, que haya lesionado intereses del otro merecedores de tutela, como la salud física y psíquica, la dignidad, el honor, la reputación, etc., que hagan inclinar la balanza hacia el derecho al resarcimiento del daño. Los Tribunales italianos, según esta percepción, no habrían hecho otra cosa que colocar un filtro para el acceso a la tutela resarcitoria en el caso del ilícito intrafamiliar, constituido por la objetiva e intrínseca gravedad de la conducta que viola los deberes matrimoniales y causa daño a los derechos fundamentales del otro cónyuge, pero sin que ello implique exigir el dolo. Esta conclusión es la que extrae DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Responsabilidad civil”, cit., p. 1663, de la jurisprudencia italiana.

⁶² Un planteamiento de este tipo puede verse en BOTTA, R. / GIOVETTI, G.: “Diritto di famiglia”, en AA.VV.: *La colpa nella responsabilità civile*, Torino, 2006, pp. 92 y ss.

⁶³ *Giur.it.*, 2002, 12, pp. 2290 y ss. En el caso de autos, la mujer había sufrido, a causa del comportamiento del marido contrario a algunos deberes conyugales (asistencia moral y material, colaboración en el interés de la familia y fidelidad) un estado de falta de serenidad, inquietud y sensación de abandono, agravado por el embarazo en curso; se decreta la separación y, además, el Juez condena al marido, con base en el art. 2.043 CC, al resarcimiento de los daños sufridos por la mujer a consecuencia de la conducta del marido que infringió los deberes conyugales.

de mayo de 2009⁶⁴ cabe exigir una cierta intensidad, dolo o culpa grave, en el comportamiento del cónyuge que infringe los deberes conyugales.

Se echa en falta un pronunciamiento aclaratorio. En cualquier caso, sentencias más recientes siguen sin exigir de modo expreso el requisito del dolo para conceder el resarcimiento por el daño causado⁶⁵, lo que unido al dato normativo, donde no hay previsión específica por el legislador, nos hace inclinarnos a favor de la responsabilidad también en caso de comportamiento culposo⁶⁶.

BIBLIOGRAFÍA.

BADOSA COLL, F.: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987.

BADOSA COLL, F., en *Comentario del Código Civil (art. 1.104)* (dir. PAZ-ARES, C./DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./SALVADOR CODERCH, P.), t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

BARCELÓ DOMÉNECH, J.: “El criterio de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar”, en *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* (coord. MORENO MARTÍNEZ, J.A.), Dykinson, Madrid, 2012.

BARGELLI, E.: “Danno non patrimoniale: la messa a punto delle sezioni unite”, *NGCC*, 2009, Parte Prima.

BENNI DE SENNA, A.: “Separazione personale dei coniugi, pronunzia di

⁶⁴ *NGCC*, 2010, Parte Prima, pp. 89 y ss. Figura también aquí un comentario de BENNI DE SENNA, A.: “Separazione personale dei coniugi, pronunzia di addebito e responsabilità civile”, pp. 94 y ss.

Una sentencia anterior del Tribunal de Venecia, de 18 de abril de 2006 (*Danno e resp.*, 2007, p. 579) retiene, sin embargo, suficiente el comportamiento culposo para hacer surgir la responsabilidad civil.

⁶⁵ Así sucede en la sentencia del Tribunal de Prato de 18 de febrero de 2010 (*DFP*, 2010, 3, pp. 1268 y ss.). Se condena a resarcir el daño causado por el marido que de manera repetida infringió el deber de fidelidad, siendo tal hecho conocido por miembros de la familia y por terceros, a lo que se añade el envío de SMS por el consorte, que contenían insultos personales y la descripción detallada de las relaciones extramatrimoniales. *Vid.* comentario de LOMBARDO, A.: “L’illecito endofamiliare trova un ulteriore riconoscimento nella giurisprudenza”, *DFP*, 2010, 3, pp. 1277 y ss.

⁶⁶ A la conclusión de la no exigencia del dolo, y la consideración del comportamiento culposo como suficiente para integrar la hipótesis de responsabilidad civil llega también PARINI, G. A.: *La responsabilità civile nelle relazioni familiari con particolare riguardo al rapporto genitori-figli* [<http://paduaresearch.cab.unipd.it/2553/1/GiorgiaParinitiesidottorato.pdf>] [p. 141]

addebito e responsabilità civile”, *NGCC*, 2010, Parte Prima.

BOTTA, R. / GIOVETTI, G.: “Diritto di famiglia”, en AA.VV.: *La colpa nella responsabilità civile*, Torino, 2006.

CARBONE, E.: “La giuridificazione delle relazioni domestiche e i suoi riflessi aquiliani”, *Familia*, 2006, 1.

CARINGELLA, F.: “I rapporti tra coniugi e la responsabilità civile”, en FACCI, G.: *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Wolters Kluwer Italia, 2009.

CARRASCO PERERA, Á.: en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (art. 1.104 CC)* (dir. ALBALADEJO, M.), t. XV, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1989.

CARRASCO PERERA, Á.: “El precio de la infidelidad”, *Westlaw*, BIB 2005/806.

CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de familia. Casos, reglas, argumentos*, Dilex, Madrid, 2006.

CASSANO, G.: *Rapporti familiari, responsabilità civile e danno esistenziale*, Padova, 2006.

CATERBI, S.: “Infedeltà coniugale e responsabilità civile”, *Resp.civ.prev.*, 2008, núm. 10.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales”, *La Ley*, 2007-II.

DI MARZIO, M.: “Danno non patrimoniale: grande è la confusione sotto il cielo, la situazione non è eccellente”, pp. 112 y ss., en *NGCC*, 2009, Parte Prima.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 2000.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, V, La responsabilidad extracontractual*, Civitas, Madrid, 2011.

EUROPEAN GROUP ON TORT LAW: *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, Texto y comentario. Traducción a cargo de la “Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado” (REDPEC), coordinada por M. MARTÍN-CASALS, Aranzadi, Pamplona, 2008.

FARNÓS AMORÓS, E.: “El precio de ocultar la paternidad”, *InDret*, núm. 2/2005 (www.indret.com).

FARNÓS AMORÓS, E.: “Daño moral en las relaciones familiares”, en *El daño moral y su cuantificación* (dirs. GÓMEZ POMAR, F. / MARÍN GARCÍA, I.), Bosch, Barcelona, 2015.

FRACCON, A.: “I diritti della persona nel matrimonio. Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno”, *DFP*, 2001, 1.

FRACCON, A.: *Relazioni familiari e responsabilità civile*, Milano, 2003.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Comares, Granada, 2008.

GAUDINO, L.: “La responsabilità civile endofamiliare”, *Resp. civ. prev.*, 2008, núm. 6.

LLAMAS POMBO, E.: *Jurisprudencia civil comentada (art. 1.104)* (dir. PASQUAU LIAÑO, M.), t. II, Comares, Granada, 2000.

LLAMAS POMBO, E.: “Responsabilidad, infidelidad y paternidad”, *Práctica, Derecho de Daños*, 2005, núm. 25.

LLAMAS POMBO, E.: “Formas de reparación del daño (I)”, *Práctica, Derecho de Daños*, 2010, núm. 80

LOMBARDO, A.: “L’illecito endofamiliare trova un ulteriore riconoscimento nella giurisprudenza”, *DFP*, 2010.

MALAURIE, P. / FULCHIRON, H.: *La famille*, Paris, 2006.

MARÍN GARCÍA, I.: “Comentario a la STS (Sala 1ª) de 30 de junio de 2009”, *CCJC*, 2011, núm. 84.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: “Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales”, en *Daños en el Derecho de Familia* (coord. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.), Aranzadi, Pamplona, 2006.

MARTÍN-CASALS, M. / SOLÉ FELIU, J.: en *Comentarios al Código Civil (art. 1.902)* (dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, A.), Lex Nova, Valladolid, 2010.

MURILLAS ESCUDERO, J. M.: “Infidelidad en el matrimonio: ocultación de la verdadera paternidad”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Manuel García Amigo* (dirs. CUADRADO IGLESIAS, M. / NÚÑEZ BOLUDA, M. D.), t. II, La Ley, Madrid, 2015.

NERSON, R.: “Personnes et droits de famille”, en *Jurisprudence française en matière de droit civil*, RTDC, 1966.

PANTALEÓN PRIETO, F.: en *Comentario del Código Civil (art. 1.902)* (dir. PAZ-ARES, C./DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./SALVADOR CODERCH, P.), t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

PARINI, G. A.: *La responsabilità civile nelle relazioni familiari con particolare riguardo al rapporto genitori-figli*.

<http://paduaresearch.cab.unipd.it/2553/1/GiorgiaParinitesidottorato.pdf>].

PATTI, S.: *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984.

PEÑA LÓPEZ, F.: *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Comares, Granada, 2002

PÉREZ GALLEGO, R.: «Nuevos daños en el ámbito del Derecho de Familia: los daños morales y patrimoniales por la ocultación de la paternidad biológica», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, julio-septiembre 2015.

PILLA, V.: *Separazione e divorzio. Profili di responsabilità*, Padova, 2007.

RIBOT IGUALADA, J.: “Nota crítica al libro coordinado por J. R. de Verda y Beamonte, *Daños en el Derecho de Familia*, Pamplona, 2006”, *ADC*, 2006.

SALVADOR CODERCH, P./RAMOS GONZÁLEZ, S.: “Relaciones de complacencia y deberes para con los invitados”, *InDret*, núm. 2/2008.

SELLA, M.: *I danni non patrimoniali*, Milano, 2010.

VARGAS ARAVENA, D.: *Daños civiles en el matrimonio*, La Ley, Madrid, 2009.

DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS TERCEROS POR SU
CONTRIBUCIÓN AL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES
CONYUGALES

*CIVIL LIABILITY THIRD PARTY FOR THEIR CONTRIBUTION TO BREACH OF
MARITAL DUTIES*

DR. DAVID GONZALO VARGAS ARAVENA
Profesor de Derecho civil
Universidad Católica de la Santísima Concepción (Chile)
dvargas@ucsc.cl

RESUMEN: Asumiendo aquella postura que admite la responsabilidad civil de los cónyuges por los daños causados por incumplimiento de los deberes conyugales, este trabajo pretende estudiar las eventuales obligaciones que pueden asumir los terceros que con su conducta inducen o contribuyen al incumplimiento de los deberes de un cónyuge, causando daños junto a los cónyuges, analizando si es posible su responsabilidad civil, y en caso afirmativo, bajo qué requisitos, forma y presupuestos.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad; terceros; incumplimiento.

ABSTRACT: Assuming that posture that supports civil responsibility of the spouses for damages for breach of marital duties, this work aims to study the possible obligations that may take third parties by their conduct induce or contribute to the failure of the duties of a spouse, causing damage with spouses, analysing if possible civil liability, and if so, under what conditions, shape and budgets.

KEY WORDS: liability; third parties; breach.

FECHA DE ENTREGA: 11/01/2016/FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/05/2016.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. REVISIÓN DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA COMPARADA.- 1. Italia.- 2. Francia.- 3. Alemania.- 4. España.- III. NUESTRA OPINIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

Con fecha 13 de junio de 2012, la Corte Suprema¹ rechazó el recurso de casación en el fondo interpuesto en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago de 10 de noviembre de 2009², confirmando de esa forma la sentencia que había rechazado la demanda interpuesta por un marido en contra de su cónyuge y un tercero, para que fueran condenados solidariamente a indemnizarle los perjuicios patrimoniales y morales derivados del ilícito civil de adulterio que habían cometido.

El fundamento invocado por el marido al ejercer esta acción resarcitoria por responsabilidad civil extracontractual en contra de su cónyuge y el tercero, estaba en el ilícito civil de adulterio, con resultado de confusión de paternidad, ya que la hija que él creía suya, y reconocida como matrimonial, resultó ser hija del tercero con quien la cónyuge había cometido el adulterio. En virtud de estos hechos, el marido demandó los perjuicios patrimoniales, en un mínimo de \$40.000.000.-, al verse obligado, de buena fe, a desembolsar cuantiosas sumas de dinero para costear los gastos pre-natales, de parto y postnatales, de alimentación, vestuario y demás gastos de establecimiento de la menor, los gastos por los tratamientos psicológicos de sus otros hijos, además del lucro cesante ya que los hechos le habrían provocado una baja considerable en su productividad laboral, y con ello, de sus ingresos; en el orden extrapatrimonial, sostuvo que el ilícito civil le causó un severo golpe a la honra y autoestima, en el ámbito familiar, laboral y social, generando cuantiosos daños morales que deben ser resarcidos por los demandados, y que valoró en un mínimo de \$50.000.000.-

La Corte de Apelaciones de Santiago rechazó la demanda interpuesta fundándose, entre otras consideraciones, en una regla de especialidad que regiría al Derecho de familia, que permitiría aplicar sólo las sanciones o efectos expresamente previstos por el legislador, entre las cuales no se encontraría la acción de responsabilidad civil extracontractual por el adulterio, como también por el carácter ético de las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; estos fundamentos serían la consecuencia de los tres principios que estructurarían al Derecho de familia,

¹ Ingreso rol N°263-2010.

² Ingreso rol N°7738-07.

como son que sus normas sean de orden público, la limitación del principio de autonomía de la voluntad, y el carácter *intuitio personae*. Asimismo, consideraron que el hecho que el adulterio siempre haya tenido una sanción especial, establecida por el legislador en atención a la naturaleza de la institución del matrimonio, no permite considerarlo una fuente de responsabilidad extracontractual como lo pretende el demandante, pues las normas que regulan tales materias se refieren a la reparación de daños derivados de obligaciones de carácter patrimonial.

Este fallo inédito, en una materia escasamente tratada por la jurisprudencia³ y doctrina nacional, plantea un tema que hasta el momento no había sido discutido, en orden a determinar qué pasa con el tercero que contribuye con uno de los cónyuges al incumplimiento de los deberes conyugales, y de ese incumplimiento se causa daño al otro cónyuge, ¿son civilmente responsables o no?

Dicho lo anterior, este trabajo se centrará en los daños causados a un cónyuge por incumplimiento de los deberes conyugales, por un acto realizado por un tercero en complicidad o inducción con el otro miembro del matrimonio.

Ahora bien, como frente a la interrogante que nos motiva, no encontramos un pronunciamiento doctrinal en el orden nacional, estamos obligados a revisar la jurisprudencia y doctrina comparada, en especial, española, francesa, italiana y alemana, a fin de conocer y describir cómo se está enfrentando y resolviendo la materia que nos ocupa, para que el propio lector pueda construir su opinión, determinando si lo resuelto por la jurisprudencia nacional en este caso particular se ajusta o no con el ordenamiento

³ Otra sentencia relativa a esta materia es la de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de 20 de diciembre de 2010, causa rol corte N°181-2010, quien, siguiendo lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago el 10 de noviembre de 2009, señaló en su considerando décimo cuarto que “pretender una indemnización por daño moral por una presunta relación extramatrimonial de uno de los cónyuges, es contraria al orden público, ya que aún en el caso de ser comprobada estaríamos frente a lo que el artículo 132 del Código Civil considera una grave infracción al deber de fidelidad que impone el matrimonio lo que según el mismo artículo da origen a las sanciones que la ley prevé, entre las cuales por cierto, las normas de orden público que regulan el matrimonio, no ha considerado la indemnización por daños morales al otro cónyuge. Es más, cuando el legislador ha querido que por incumplimiento de las obligaciones que surgen como consecuencia del matrimonio uno de los cónyuges deba indemnizaciones al otro lo ha dicho expresamente como en el caso del inciso final del artículo 142 o artículo 328 del Código Civil”. Consecuencia del carácter de orden público, como de la regla de especialidad que regiría al Derecho de familia, los mismos sentenciadores añadieron en el considerando décimo séptimo que “cabe concluir además que existe objeto ilícito en todo pacto en que los cónyuges pretendieren obligarse unilateral o recíprocamente al pago de una indemnización por daño moral para el caso de faltar al deber de guardarse fé, por así disponerlo el artículo 1462 del Código Civil”.

comparado, sin perjuicio de manifestar nuestra propia opinión.

II. REVISIÓN DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA COMPARADA.

Frente a la ausencia de fundamentos que acepten o rechacen la responsabilidad de los terceros por su interferencia en el incumplimiento de los deberes conyugales, hemos optado por revisar la posición de la doctrina y jurisprudencia comparada, en especial italiana, francesa, alemana y española, donde la materia que nos ocupa ha tenido mayor desarrollo, como por la influencia que han ejercido estos ordenamientos en nuestra legislación⁴.

1. Italia.

Sobre el particular⁵, la primera sentencia que hallamos en este país, es la de la Corte de Casación de 19 de junio de 1975, instancia donde, originalmente, se reconoció la posibilidad que el tercero fuera responsable civilmente por los daños causados por inducción a uno de los cónyuges al incumplimiento de los deberes conyugales, en específico al deber de fidelidad. En ella se afirma que no se puede excluir *a priori*, que en el particular ambiente en que conviven los cónyuges, el adulterio pueda ser causa de tanto descrédito para constituir fuente de daño a la vida de relación -es decir, “el daño que la persona sufre como consecuencia de la lesión sufrida y que consiste en la disminución de las posibilidades de la persona de ejercer normalmente su

⁴ En el Derecho romano, hasta antes de la *lex julia de adulteriis coercendis* (año 736 de la fundación de Roma o 18 a.c.), ya se sancionaba penalmente al varón (tercero) que era cómplice o co-reo de la mujer casada en el delito de adulterio (sólo se castigaba el adulterio de la mujer casada). En dicho supuesto, el marido ofendido, o su padre, o el padre de la mujer adúltera, que los sorprendía *in flagranti*, podía no sólo matar a la mujer, sino que también vengarse en contra del varón *adulter* como mejor le pluguiera, “lo más frecuente era matarlo, mutilarlo, castrarlo”. Si no los sorprendía *in flagranti*, el marido podía convocar al *consilium* o tribunal familiar, que normalmente declaraba el divorcio y otras sanciones familiares, o repudiar a la mujer, mientras que el varón *adulter* era juzgado por su propio tribunal familiar; sin embargo, en caso de que éste no estuviera sometido a la patria potestad de un *pater familias*, el castigo “era la indefensión en que quedaba si era atacado por el marido ofendido, pues era muy raro que un *adulter* agredido acusara a su atacante, y si lo hacía, no se le prestaba generalmente caso”; véase MACHADO CARRILLO, M.: *El adulterio en el Derecho penal*, pasado, presente y futuro, tesis dirigida por el profesor Manuel Cobo del Rosal, ed. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Valencia, 1977, p. 26 y ss., entre otros.

⁵ “Comentario a la sentencia del Tribunale di Milano”, 10 febrero 1999, *Il diritto di famiglia e delle persone*, vol. XXX, luglio – setiembre 2001, p. 367 y ss.

personalidad en el ambiente social”⁶;- la misma sentencia precisa, que este daño patrimonial es meramente posible, no probable, ni tampoco consecuencial. Como reproduce FRACCON⁷ del fallo en comentario, “tratándose del ilícito no incide naturalmente en la esfera patrimonial del otro, y necesita la prueba de la existencia del daño o, al menos, de las circunstancias particulares que han contribuido al hecho (que naturalmente no era previsto) la característica potencial de producir un perjuicio patrimonial”.

Si bien, la sentencia de término desestimó la pretensión del actor por falta de prueba de la existencia del perjuicio, no podemos negar que abrió la puerta de la responsabilidad civil contra los terceros, en aquellos casos que, excepcionalmente, por medio de la inducción a la infracción de un deber conyugal, se produzca un daño patrimonial a la vida de relación como consecuencia del descrédito causado al cónyuge dañado.

El precedente jurisprudencial citado fue nuevamente reiterado por el Tribunal de Roma, el 17 de septiembre de 1988⁸; si bien, también rechazó la pretensión del actor por falta de prueba de la existencia de los daños y perjuicios demandados, encontramos en ella un minucioso análisis de la cuestión debatida, con un desarrollo de los requisitos y fundamentos, que permiten determinar bajo qué escenarios los terceros son responsables por los daños causados por su inducción, contribución, al incumplimiento de los deberes conyugales.

En este caso, el marido descubrió en marzo-abril de 1978, que su mujer mantenía una relación con un tercero, empleado del demandante; entre ambos, no sólo le habían causado daños de tipo patrimonial por la nefasta administración de la empresa que tenían a su cargo, sino que a consecuencia de la relación, el hijo que suponía propio, nacido el 29 de abril de 1977, resultó ser del tercero, “amante de su cónyuge”, conforme a los hechos que expresamente se tuvieron por confesos por los mismos responsables, en los respectivos juicios de separación de matrimonio y paternidad. Por lo anterior, el actor presentó exclusivamente demanda de indemnización de perjuicios en contra del tercero, por los daños patrimoniales y morales, consecuencia de la relación adulterina, amparado en la tutela aquiliana. Por su parte, el demandado solicitó el rechazo de la demanda, alegando que después de la declaración de inconstitucionalidad del delito de adulterio, ya no puede

⁶ BIANCA, M.: *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, en *Commentario del Codice civile* (dir. A. SCIALOJA y G. BRANCA, y G. BRANCA), libro IV, Delle obbligazioni, art. 1218 – 1229, 2ª ed., Bologna – Roma, 1979, p. 305 y ss.; PATTI, S.: “La lesione del diritto all’attività sessuale e gli attuali confini del danno risarcibile”, Comentario a la sentencia de Casación de 11 de noviembre de 1986, *Giurisprudenza italiana*, I, 1ª parte, 1987, p. 2045.

⁷ FRACCON, A.: “Comentario”, cit.

⁸ *La nuova giurisprudenza civile comentata*, parte prima, 1989, p. 559 y ss.

discutirse la reclamación de daños morales, los cuales sólo derivan de la ejecución de un crimen, añadiendo que la infracción del deber de fidelidad sólo importa como causa de separación del matrimonio, pero en ningún caso, como fuente de daños.

Conforme al libelo de autos, el tribunal desarrolló las siguientes consideraciones:

i) La primera cuestión que se planteó el órgano jurisdiccional, fue precisar si la infracción de la obligación del deber de fidelidad de uno de los cónyuges, puede ser fuente de responsabilidad por daños en favor del otro. Sobre el particular expuso, que después de la derogación del delito de adulterio, gracias a la declaración de inconstitucionalidad resuelta en las sentencias de 1968 y 1969, no es posible alegar la vigencia de la acción civil para el resarcimiento de los daños morales que de él emanaban, y como pretendía el actor, debiendo en definitiva rechazarse el resarcimiento de los daños morales.

Sin embargo, continuando con el desarrollo de la interrogante inicial, el tribunal recordó que, pese a la derogación del delito de adulterio, la obligación del deber de fidelidad es una real y verdadera obligación privada, sancionada por la ley, plenamente vinculante, cuya eficacia va destinada a reglamentar la relación de los cónyuges en su vida familiar y, a la exigencia de salvaguardar la unidad y la estabilidad de este grupo. Estas afirmaciones lo llevaron a concluir, que en el caso de la violación de este deber, unido a otras circunstancias concurrentes, también puede ser fuente de una responsabilidad por daños, agregando en tal sentido, que la jurisprudencia de la Corte de Casación de 19 de junio de 1975, ya estableció que la violación de la obligación de fidelidad de uno de los cónyuges, a parte de las consecuencias sobre la relación personal, puede también constituir, en concurso de particulares circunstancias, fuente de daño patrimonial para el otro cónyuge por efecto del descrédito consiguiente, y con ello, fuente de daños a la vida de relación.

En todo caso, distinguió, que una cosa es que la infracción del deber de fidelidad, como tal, constituya un ilícito civil en la medida que importa la violación de un deber impuesto por una norma civil, y otra muy distinta, que ese sólo requisito sea suficiente para acoger una condena de resarcimiento de daños como lo solicitó el demandante; añadió que para que esto última suceda, es menester, además de la violación del deber, que se acredite la existencia del daño patrimonial, del daño a la vida de relación, producto del descrédito al cónyuge, y que se plantea como una simple hipótesis o muy eventual probabilidad, aparte del necesario vínculo causal entre éstos, los cuales, en ningún caso se probó en estrados.

ii) Pese al rechazo de todas las pretensiones interpuestas por el actor en contra del tercero exclusivamente, “amante de su cónyuge”, el tribunal pasó a analizar en términos generales la responsabilidad aquiliana de éstos, en los supuestos que inducen al incumplimiento de los deberes conyugales, señalando que sería fácil descartar cualquier acción dirigida en contra de ellos, si se entendiera que no están afectados por los mismos deberes, y que la fidelidad sólo constituye una carga sobre la mujer, y no del tercero demandado.

Por ello, la sentencia del Tribunal de Roma, se encargó de señalar que conforme a la doctrina más avanzada, se ha elaborado la responsabilidad de los terceros por inducción al incumplimiento, donde la figura en examen se caracteriza por el comportamiento del tercero que, voluntariamente, persuade al deudor a no cumplir con la prestación en contra del acreedor. Que dicha conducta de inducción se concreta, de un lado, en una acción síquica directa, que lleva al deudor a un estado psicológico de decidir a no cumplir, y por otro, a la lesión de un derecho de crédito del acreedor que le impide realizar sus reales intereses. Si bien reconoce el tribunal, que la doctrina sobre la inducción al incumplimiento no es pacífica por la ausencia de una norma específica que la recoja, y de esa forma proteja la relevancia de los derechos de crédito, añade que, no obstante, se debe enfatizar como se ha utilizado el art. 2043⁹ CC italiano, en base al cual, se ha reconocido en favor del acreedor dañado una acción extracontractual en contra del tercero, culpable de inducir al deudor al incumplimiento, estableciendo sobre éstos un deber general de abstención también en la relación de crédito, independiente de una norma específica que lo imponga, otorgándole al acreedor una tutela inmediata y directa en contra del tercero que perjudique su derecho, haciendo plenamente extensible dicho razonamiento y justificación al ámbito matrimonial.

Así pues, el tribunal estimó que en el caso de las obligaciones derivadas del matrimonio, en particular la fidelidad, es posible concluir, indiscutiblemente, que el sujeto que induce o instiga a la mujer de un tercero a tener una relación sexual, contribuye o coopera con su comportamiento a producir el hecho lesivo de la obligación de fidelidad, concurriendo así con la mujer a la violación de tal obligación. En ese contexto, el comportamiento del tercero que induce a la mujer de otro al adulterio, puede calificarse como injusto e íntegra –ya sea doloso o culposo y causante del daño– la figura del ilícito aquiliano, en cuanto lesiona intereses que, conforme al ordenamiento, son merecedores de tutela. Añade que la actividad de inducción o instigación que desarrolla el tercero, debe presentar ciertas características, en el sentido que debe concretarse no ya en una conducta puramente pasiva, sino

⁹ Artículo 2043 del Codice Civile: “Risarcimento per fatto illecito. Qualunque fatto doloso, o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obliga ocluí che ha comeos il fatto a risarcire il danno”.

materializándose en un comportamiento activo y positivo, adquiriendo importancia en la inducción a un cónyuge a la traición del otro.

Agregó, que se debe tener presente a estos propósitos, que un sujeto, al contraer matrimonio, se expone al riesgo que el cónyuge no respete la obligación de fidelidad; ahora, el tercero que interfiere en una relación matrimonial de otro, determina un aumento de la probabilidad que se verifique el incumplimiento, y luego, una ampliación del riesgo asumido por el cónyuge con el matrimonio: tal ampliación será mayor en la hipótesis que el tercero, por ejemplo, instigue o induzca a la mujer de otro a cometer adulterio (v.gr., con un cortejo obsesivo, costosos regalos, continuas llamadas), mientras tenderá a disminuir en el caso de que el tercero se limite a padecer las propuestas amorosas de una mujer insatisfecha (sexual y afectivamente) del propio marido (lógicamente, lo mismo debe decirse para un marido hecho objeto de una asidua galantería de parte de otra mujer).

En fin, termina manifestando el sentenciador, que el problema de la responsabilidad del tercero dañante, subsiste sólo en el caso que este último, con su conducta, determine una ampliación de la probabilidad que se verifique la violación de la obligación de fidelidad; por tanto, la tutela del marido en contra del “amante de su cónyuge” puede configurarse exclusivamente en esta hipótesis, pero no cuando sea la mujer la que toma la concreta iniciativa de traicionar al marido aceptando la relación sexual o afectiva con el tercero¹⁰.

Muy crítico con esta postura jurisprudencial hallamos a CENDON, GAUDINO y ZIVIZ¹¹, al expresar que esta sentencia demuestra cómo no siempre los tribunales siguen el correcto camino, al reflejarse en ella una serie de divagaciones y tomas de posición, que no revisten efectivamente ningún peso, formulando en contra de ésta las siguientes críticas:

1º) En cuanto a las características y requisitos que deben concurrir, según el

¹⁰ Comparte su opinión PALETTO, V.: “Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 17 de septiembre de 1988”, *Nuova giurisprudenza civile comentata*, parte primera, 1989, p. 563 y ss., aun cuando reconoce que los fundamentos expuestas no están apoyados por la doctrina, destacando que conforme a la nueva perspectiva del art. 143,2 CC italiano, adquiere un significado sustancial esta obligación, porque interesa como un “recíproco vínculo de responsabilidad del cónyuge”, derivado de un real y verdadero principio puesto a salvaguardar la unidad y estabilidad del grupo familiar, el cual tiene como directa consecuencia, siguiendo al Tribunal, en la configuración de una responsabilidad por daño en caso de violación del deber de fidelidad, donde la relación adulterina de un cónyuge puede alterar de tal forma la relación personal y social del otro, que lleve a configurar un daño de naturaleza patrimonial y como tal resarcible.

¹¹ CENDON, P., GAUDINO, L., ZIVIZ, P.: “La moglie infedele, l’amante, i danni del coniuge tradito”, en ALLETTO *et al.*, *La responsabilità extracontrattuale, Le nuove figure di risarcimento del danno nella giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 541 y ss.

sentenciador, para acoger la responsabilidad del tercero derivada de la inducción al incumplimiento de la obligación de fidelidad, sostienen que dicha afirmación se debe a la difusa inclinación al moralismo de vieja estampa, unido a la tendencia vigilante de las reglas censorias que muestra la jurisprudencia italiana, que la llevan a formular argumentos más éticos que jurídicos, mirando más al público que al derecho.

2º) Que el perjuicio consistente en el descrédito que el vínculo extraconyugal produce en el cónyuge engañado, aparece reconducido por los jueces bajo la etiqueta de daño a la vida de relación, dentro del ámbito de la cláusula general de responsabilidad civil por hecho ilícito, lo que implica una tutela reparatoria continua que se intenta defender pese al derogado delito de adulterio, abriéndose el tribunal a una sanción, mediante la *lex aquilia*, frente a cualquier violación de la obligación de fidelidad, en circunstancias que el daño sufrido por el cónyuge traicionado, debiera reputarse admisible sólo cuando el comportamiento del cónyuge infractor integre los extremos del ilícito bajo aspectos diversos y separados con aquella infidelidad, tales como la lesión de la reputación, del decoro, de la privacidad, del honor, etc.

3º) Que en lo relativo al comportamiento del tercero que induce real y propiamente al incumplimiento, el tribunal entiende que existe una suerte de obligación general para éstos de abstenerse de cualquier influencia significativa sobre la relación entre los cónyuges, lo que llevaría a transformar la pretensión de cada cónyuge (a obtener el respeto de la obligación de fidelidad) en una prerrogativa muy similar a la otorgada al derecho absoluto, lo que en ningún caso se puede aceptar. Además de la inoponibilidad formal de semejante consideración, no se justifica en estos tiempos (con todos los cambios que el derecho comparado señala) ampliar en este sentido los daños resarcibles, estableciendo que quien quiera tener algo con una persona casada, debe abstenerse de ello, de cualquier tipo de intimidad y confianza, para evitar incurrir en una futura sanción de tipo resarcitorio.

4º) Por último, agregan que tampoco cabe comprender el comportamiento del tercero como una “lesión de la tranquilidad familiar”, aunque haya experimentado un mayor desarrollo en la jurisprudencia con ocasión del sufrimiento de un familiar. Agregan que, en todo caso, la valoración del injusto debe surgir del prudente balance de los opuestos intereses en juego, no de cualquier violación de la tranquilidad familiar, como en el supuesto en referencia, y aunque de ella se derive la ruptura de la relación familiar, que en cualquier caso, sería exclusivamente imputable a la libre elección de uno de los cónyuges, aun cuando esté inspirada, motivada, en el juego seductivo de una tercera persona. Incluso advierten, que una responsabilidad por la lesión de la tranquilidad familiar, sólo sería imaginable en situaciones extremas, es decir (y quizá algo novelescas), en hipótesis en que la conducta aparece caracterizada por un real y verdadero dolo específico.

También contrario a la sentencia del Tribunal de Roma de 17 de septiembre de 1988, se encuentra el fallo del Tribunal de Monza, que en su resolución de 15 de marzo de 1997¹², rechazó la demanda presentada por el cónyuge en contra del tercero por el daño biológico y patrimonial causado, afirmando que: a) la conducta de éstos, en relación al adulterio de la mujer del actor, es expresión de la libertad de autodeterminación en la relación interpersonal¹³; b) que no existe un derecho absoluto al interior de la familia, fuente como tal, de un deber general de abstención de interferencia de parte de los otros; c) que tampoco tiene reconocimiento la inducción a la violación de los deberes conyugales, en consideración al principio de la autorresponsabilidad, limitado al comportamiento del cónyuge adúltero; finalmente agregó, que “si la señora M. ha eventualmente violado las obligaciones conyugales, estableciendo una relación con un tercero y consintiendo que éste habite en la casa asignada por el tribunal, será ésta quien tendrá que responder por el incumplimiento y, una vez que se pruebe el nexo causal según la norma de la causalidad adecuada, de la relativas consecuencias dañosas”¹⁴.

La dicotomía que presenta la jurisprudencia italiana en esta materia, es fruto de otra división más profunda existente en la doctrina, y que dice relación con la admisibilidad o rechazo de la tutela aquiliana de los derechos de crédito en general¹⁵, y que se encuentra representada por las opiniones antagónicas de BUSNELLI y FEDELE respectivamente.

Para BUSNELLI¹⁶ y BELLINI¹⁷, entre otros, existe un deber general de respeto

¹² *Repertorio del Foro Italiano*, 1997, voz “Responsabilità civile”, N°136.

¹³ La misma conclusión se constata en la sentencia del Tribunal de Milán de 22 de noviembre de 2002, comentada por DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales”, *Diario La Ley*, N°6676, 21 de marzo de 2007, edición electrónica (<http://www.laley.net>), instancia en la cual se afirmó que el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad impide perfilar la existencia de un deber de terceros de abstenerse de mantener relaciones sexuales con personas casadas.

¹⁴ FRACCON, A.: “I diritti della persona nel matrimonio. Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno”, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, vol XXX, enero – marzo 2001, p. 392 y ss.

¹⁵ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: “El perjuicio del derecho de crédito por acto de tercero”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1962, p. 586 y ss.; VATTIER FUENZALIDA, C.: “La tutela aquiliana de los derechos de crédito: algunos aspectos dogmáticos”, en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989, p. 850 y ss.; DE CUNTO, L.: “La responsabilidad extracontractual por lesión al crédito”, *Anuario 2003*, disponible en <http://www.economicasunp.edu.ar/06-publicaciones/informacion/anuario%2003/De%20cunto.pdf> -; GULLÓN BALLESTEROS, A.: “En torno a los llamados contratos en daño de tercero”, *Revista de Derecho Notarial*, vol. XX, abril – junio, 1958, p. 111 y ss.

¹⁶ BUSNELLI, F.: *La lesione del credito da parte di terzi*, Giuffrè, Milano, 1964; FRACCON, A.: “La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, año V – 2, junio 1987, p. 273 y ss.; la crítica de

de todos los derechos, absolutos o relativos¹⁸, que permite sostener la responsabilidad extracontractual de los terceros, ya que la lesión de éstos importa la violación del *neminem laedere*¹⁹; lo destacable, según el último autor en comentario, es que el elemento causal del proceso dañoso consista en un comportamiento antijurídico, que el hecho dañoso lesione un interés jurídicamente protegido (y el crédito es un interés patrimonial), que la lesión provoque un daño cierto y efectivo al titular de dicho interés, y que por último, entre el daño y el evento dañoso exista un necesario nexo de causalidad²⁰. En el mismo orden de ideas, BUSNELLI agrega, que las consideraciones precedentes se conforman con el principio de indistinción (entre contrato eficacia real y contrato eficacia obligatoria) en materia de tutela aquiliana de los contratos, que permite fundamentar la responsabilidad

este último artículo corre a cargo de CENDON, P.: *Rivista Critica del Diritto Privato*, año V – 2, junio 1987, p. 301 y ss.

¹⁷ BELLINI, L. “Lesione e tutela extracontrattuale del rapporto personale”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 2º, 1953, p. 1183 y ss.; este autor construye su posición por medio de la sentencia del Tribunal de Roma, de 18 de agosto de 1952, que desestimó la demanda interpuesta por la empresa constructora S.I.C.E.S.I. en contra de la compañía aérea T.W.A., por la pérdida de las prestaciones futuras de uno de sus trabajadores, fallecido en un accidente mientras era transportado por la demandada; sobre el particular, el tribunal rechazó la pretensión en consideración a que la muerte del trabajador no era la “causa única y necesaria” de la resolución de su contrato de trabajo y de la consecuente pérdida de expectativas del empleador, sino que ella también dependía de la voluntaria continuación del dependiente o que no se verificara la muerte natural de éste, exigencia que nacía de la aplicación de las normas de los arts. 2043, 2056 y 1223 del *Código civile*; frente a esta última consideración, el citado autor señala, que si bien es posible que el contrato de trabajo pudiera terminar por la renuncia o muerte natural del trabajador, en el hecho ello no ocurrió, y al derecho no le puede interesar las categorías de lo meramente posible o no, sino que debe atender a criterios de normalidad, y en el caso, lo normal era que el trabajador siguiera prestando servicios para el actor.

¹⁸ BELLINI, L. “Lesione”, cit., p. 1189, “Nel riconosciuto generico dovere di risarcimento del danno a carico di colui che lo ha procurato non si può dire contenuta o prevista una limitazione della tutela in ordine ai titolari di un diritto personale a differenza dei titolari di un diritto assoluto: per questo - in linea generale - anche il diritto di credito deve essere ammesso alla tutela aquiliana, poiché anche nei suoi confronti vige il generico dovere del *neminem laedere* disposto dall’art. 2043 c.c...”

...Per rispondere a tali interrogativi è necessario confrontare il diritto reale e il diritto di credito, per concludere che le due figure sono parificabili sotto il punto di vista dell’oggetto della loro lesione (in che consiste e contro che cosa si dirige) e sotto il punto di vista della loro tutela (come e da quale norma cioè, sono protetti).

...Ora, sarebbe inammissibile sostenere che l’interesse che è substrato del diritto reale, sia di natura diversa da quello che è substrato del diritto di credito, poiché questo interesse è un *prìus* del diritto, nel senso che è un valore umano anteriore alla considerazione giuridica: e quindi la lesione del primo finisce ad essere sostanzialmente identica a quella del secondo”.

¹⁹ Según BUSNELLI, F.: *La lesione del credito*, cit., p. 57, el deber genérico del *neminem laedere* debería ser asumido como una expresión de un “principio que sta a tutelare tutta la sfera giuridica di ogni persona, e non solo dei suoi diritti, siano essi assoluti o relativi, ma anche delle sue capacità, posizioni, qualità, interessi giuridici”.

²⁰ BELLINI, L. “Lesione”, cit., p. 1193.

del tercero en la relevancia externa de la relación obligatoria, y que responde al abandono creciente de la vieja regla de la relevancia meramente interna del derecho de crédito²¹; que en todo caso, quienes niegan relevancia jurídica a la actividad del tercero que influye sobre el derecho de crédito bajo el aspecto de su lesión, deberían por coherencia negar la actividad del tercero que influye sobre el mismo derecho bajo el perfil de la realización, y que se encuentra expresamente reconocido en el art. 1180²² del *Codice*, ya que cumplimiento y lesión de parte del tercero no son, en última instancia, más que dos etapas del mismo fenómeno: la incidencia de la actividad del tercero sobre el derecho de crédito²³.

En sentido contrario, FEDELE²⁴ descarta cualquier aplicación de las normas

²¹ BUSNELLI, F. “La tutela aquiliana”, cit., p. 288; BUSNELLI, F.: *La lesione*, cit., p. 5 y ss., dice, “È stato così osservato che, del credito, la communis opinio ha preso in considerazione unicamente il rapporto che lega il creditore e il debitore (rapporto indubbiamente relativo), traslaciando di tener conto del fatto, in realtà assai importante, che detto rapporto, in quanto oggettivamente esistente, ha anch’esso ‘una sua proiezione erga omnes, ed è in questa proiezione che... tutti sono tenuti al dovere di non lederlo’”. Per tradurre in termini concreti questo duplice atteggiarsi del rapporto obbligatorio, si è parlato di un suo aspetto interno (nei confronti del debitore), riservando al primo il carattere di relatività, e attribuendo al secondo il crisma dell’assolutezza”. A la misma conclusión llega BELLINI, L. “Lesione”, cit., p. 1190 y ss., al distinguir el efecto interno “relativo” y externo “erga omnes” de los contratos, al decir, “Infatti nel momento in cui il legislatore concede che il contratto abbia forza di legge tra le parti, contemporaneamente ammette che dentro il “grande” ordinamento giuridico statuale esistano svariati “regolamenti” giuridici privati, i cui soggetti sono i contraenti e le cui norme sono le clausole particolari dello stesso contratto, non deroganti e consentite dalla legge generale.

Da questa situazione ne viene che tutte le volte che il creditore non consegue soddisfazione, egli si appellerà alle leggi del contratto, qualora chi viola il suo diritto alla soddisfazione sia il debitore, e si appellerà invece alle leggi fuori del contratto, ma facenti parte del diritto oggettivo generale, qualora il suo diritto sia violato da un terzo, che per il fatto stesso di essere terzo, non può sottostare alle regole del particolare regolamento contrattuale.

Quindi anche il credito possiede un suo riflesso erga omnes, sotto il punto di vista della sua tutela.

... Nell’ambito del rapporto, pertanto, è la regola del contratto che tutela il contraente: al di fuori, contro un’aggressione esterna, è la legge esterna e generale che lo tutela”.

²² Artículo 1180 Codice Civile: “Adempimento del terzo. L’obbligazione può essere adempiuta da un terzo, anche contro la volontà del creditore, se questi non ha interesse a che il debitore esegua personalmente la prestazione. Tuttavia il creditore può rifiutare l’adempimento offertogli dal terzo, se il debitore gli ha manifestato la sua opposizione”.

En el Código civil español, al igual que el art. 1180 del *Codice*, también encontramos disposiciones que regulan expresamente la intervención del tercero en el cumplimiento de una obligación, como lo son los arts. 1158, 1161.

²³ BUSNELLI, F.: *La lesione*, cit., p. 31 y ss.

²⁴ FEDELE, A.: *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*, Giuffrè, Milano, 1954, en especial, p. 93 y ss.

Esta posición se apoya en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Turín, de 23 de enero de 1952, (conocida como la tragedia de Superga), donde el equipo de fútbol Club Torino presentó una demanda en contra de una empresa de aviación por la muerte de todos sus

de responsabilidad extracontractual, ya que la lesión dolosa o culposa de un derecho de crédito por un tercero, no constituye por ese solo hecho un acto ilícito que obligue a su resarcimiento; que en todo caso, estas situaciones deben resolverse por medio de las reglas de la imposibilidad sobrevenida (art. 1256²⁵) y de la cesión de acciones aplicables a las obligaciones en general (art. 1259²⁶); que si bien, el art. 2043 exige la violación de un derecho subjetivo absoluto, por aplicación de los arts. 2056²⁷ y 1223²⁸ del Codice, para que el daño sea resarcido es necesario que éste sea consecuencia “inmediata y directa” de la violación de la obligación contractual o del *neminem laedere*, requisitos últimos, que en el común de los casos, no concurren en la infracción del tercero²⁹; que todas estas consideraciones encuentran su fundamento en la tradición del Derecho romano, en el principio de la relatividad de los efectos del contrato, en la distinción esencial entre derechos absolutos y relativos, en la justificación de la acción subrogatoria, en la falta de nexo causal en la violación mediata del crédito, y en las funestas consecuencias prácticas que daría lugar la teoría opuesta.

jugadores, la cual fue rechazada por los fundamentados que han servido de sustento a esta posición; el tribunal de primera instancia había sido claro al resolver que “Soltanto i calciatori, non i piloti dell’Ali potevano violare i diritti patrimoniali del Torino, poichè nessun vincolo, all’infuori di quello della prestazione d’opera, li legava, e il preteso collaterale rapporto d’appartenenza non ha la consistenza di un diritto reale, valevole erga omnes, e in quello si confonde e si esaurisce”.

²⁵ Artículo 1256 Codice Civile: “Impossibilità definitiva e impossibilità temporanea. L’obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile. Se l’impossibilità è solo temporanea, il debitore, finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell’adempimento. Tuttavia l’obbligazione si estingue se l’impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell’obbligazione o alla natura dell’oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla”.

²⁶ Artículo 1259 Codice Civile: “Subingresso del creditore nei diritti del debitore. Se la prestazione che ha per oggetto una cosa determinata è divenuta impossibile, in tutto o in parte, il creditore subentra nei diritti spettanti al debitore in dipendenza del fatto che ha causato l’impossibilità, e può esigere dal debitore la prestazione di quanto questi abbia conseguito a titolo di risarcimento”.

²⁷ Artículo 2056 Codice Civile: “Valutazione dei danni. Il risarcimento dovuto al danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli artt. 1223, 1226 e 1227. Il lucro cessante è valutato dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze del caso”.

²⁸ Artículo 1223 Codice Civile: “Risarcimento del danno. Il risarcimento del danno per l’inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta”.

²⁹ En la sentencia de 23 de enero de 1952 de la Corte de Apelaciones de Turín, y que sirve de base para esta posición, se resolvió que no sólo la muerte de los jugadores podía poner término al contrato, sino que también la propia voluntad de los jugadores, deudores de la prestación; sobre el particular, BELLINI señala que una cosa es que el art. 1223 establezca que el daño sólo será resarcible cuando sea consecuencia inmediata y directa del hecho dañoso, y otra muy distinta que ese daño sea la consecuencia única y necesaria como erróneamente lo resolvió la sentencia del Tribunal de Roma de 18 de agosto de 1952, ya comentada.

Por último, en una posición intermedia se halla TRIMARCHI³⁰, quien, si bien rechaza con carácter general la tutela aquiliana al obstaculizar la fluidez del tráfico, justifica su excepcional aplicación para aquellos casos en que el tercero induzca al deudor al incumplimiento, mediante declaraciones falsas del acreedor o cuando tenga un interés específico en lesionar los intereses del acreedor.

2. Francia.

Por su parte, la doctrina francesa, generalmente manifestada al estudiar las consecuencias de la infracción del deber de fidelidad, admite la responsabilidad civil delictual de los terceros -es decir, por medio del art. 1382³¹ del *Code-*, cuando inducen a cualquiera de los cónyuges a incumplir sus deberes conyugales, causando daño al otro miembro, bajo condición de que se pruebe que actúan con conocimiento de la existencia del matrimonio, y desarrollen un comportamiento activo a la inducción de dichas obligaciones, condenando *in solidum* a cónyuge y tercero a resarcir los perjuicios que causen³².

³⁰ TRIMARCHI, P.: “Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito”, *Rivista di Diritto Civile*, anno XXIX-1983, parte primera, p. 217 y ss.

³¹ Artículo 1382: “Cualquier hecho del hombre que cause daño a otro obliga a aquel por cuya culpa sucedió, a repararlo”.

³² BÉNABENT, A. : *Droit civil*, La famille, 3ª ed., Litec, Paris, 1988, p. 119, al hablar de las sanciones por la infracción del deber de fidelidad, expresamente comprende la posibilidad de que ésta dé lugar a una acción de daños y perjuicios no sólo contra el cónyuge incumplidor, sino que también respecto del tercero cómplice del mismo, en la medida que se demuestre que éste ha actuado sabiendo la existencia del matrimonio; PLANIOL y RIPERT: *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, t. II, *La familia, matrimonio, divorcio, filiación*, trad. de Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverend Brusone, ed. Cultural S.A., Habana, 1946, p. 256, hablando sobre el deber de fidelidad, añaden que “según la jurisprudencia se concede también una indemnización pecuniaria al esposo víctima del engaño de su cónyuge”, “las mismas resoluciones permiten al marido pedir daños y perjuicios al cómplice solidariamente responsable”; CORNU, G.: *Droit civil, La Famille*, Montchrestien, 7ª éd., Paris, 2001, p. 58, con ocasión de las consecuencias del incumplimiento del deber de fidelidad, expresa que el ilícito del adulterio se desarrolla sobre el terreno de la responsabilidad civil delictual: el adulterio constituye un delito civil, no solamente para aquel de los cónyuges que lo comete, sino que también para su cómplice; el esposo engañado puede obtener de la justicia la indemnización de los daños y perjuicios no sólo de su contraparte, sino que de los terceros que participen en la violación de la fe conyugal, y que de esta forma, concurren a su ofensa; BOULANGER, F.: *Droit civil de la famille*, t. I, *Aspects Internes et Internationaux*, ed. Económica, Paris, 1990, p. 266, al comentar las prerrogativas de los deberes de fidelidad y asistencia, expresa que el cónyuge ofendido (independiente de la acción del art. 266 CC) puede actuar en contra de su contraparte adúltera y su cómplice, en base al art. 1382 CC francés, para el resarcimiento de los daños y perjuicios morales.

En el mismo sentido se ha manifestado la jurisprudencia, desde el inédito fallo del 13 de mayo de 1997 de la Corte de Apelaciones de Bordeaux³³, oportunidad donde la cónyuge presentó demanda de indemnización de perjuicios en contra de la amante de su marido, refugiándose, al decir de HAUSER, en el Derecho privado a objeto de rescatar y defender la moralidad del matrimonio; si bien, con ocasión del procedimiento de divorcio, la actora ya había sido indemnizada por su marido, por los daños morales causados por el carácter público de la relación adúltera que éste mantenía (vivía con su amante), la cónyuge completó su ofensiva contra la tercera mediante una acción de responsabilidad civil conforme al art. 1382 del *Code*, por las mismas consideraciones antedichas, añadiendo además, que en atención a la culpa de ésta, el marido se había alejado del hogar familiar, motivando con ello la disolución del matrimonio. Sin embargo, el citado juzgador, rechazó en definitiva todas las peticiones alegadas, en atención a que los hechos en que ésta se fundaba, ya habían sido resarcidos en la instancia de disolución matrimonial, siendo condenado por ello exclusivamente el marido, y no solidariamente la tercera cómplice; añadió, que en todo caso, el comportamiento de ambos, sólo demostraba una simple falta de discreción de la amante, y en ningún caso una culpa que diera lugar a una responsabilidad delictual, como lo pudiera ser el que ella se haya hecho pasar públicamente como cónyuge del demandado; agregó en último término, que para que se acepte una demanda de tal naturaleza no sólo hace falta demostrar por el cónyuge demandante la prueba del adulterio -la cual no sería una culpa suficiente sobre el cómplice-, sino que es menester demostrar una relación de causalidad con la disolución del matrimonio, cuya ruptura constituye el único perjuicio analizado, verificable y, aceptado por la jurisprudencia³⁴.

Esta uniformidad de criterios de la doctrina como de la jurisprudencia

³³ HAUSER, J.: “L’article 1382, dernier rempart de la morale?”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N°4, octubre/diciembre, 1997, p. 909, al comentar la sentencia de la Corte de apelaciones de Bordeaux, de 13 de mayo de 1997; HAUSER, J.: “Sanctions de l’obligation de fidélité”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N° 4, octubre/diciembre, 2000, p. 810 y ss., al comentar la sentencia de la sala 1° de lo civil de la Corte de Casación, de 04 de mayo de 2000.

³⁴ La necesidad de un comportamiento activo de parte del tercero, induciendo al incumplimiento de los deberes conyugales, a objeto de que pueda ser condenado a resarcir los daños por medio del artículo 1382 *Code*, queda de manifiesto en la sentencia de la sala 2° de lo civil de la Corte de Casación, de 5 de julio de 2001, comentada por HAUSER, J.: “Le tiers complice de la violation de l’obligation de fidélité”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N° 4, octubre/diciembre, 2001, p. 856, donde se aprecia que la demanda se desestimó en atención que no había sido la amante quien buscó al marido antes o después del matrimonio, que no hubo escándalo, no se buscó dañar específicamente a la cónyuge, y que no tuvo, por los hechos demostrados, influencia sobre el marido ni sobre el incumplimiento de los deberes conyugales; que en suma, el marido fue el único responsable de la ruptura, excluyéndose a la amante de la misma, aun cuando conociera de la existencia del matrimonio.

francesa, en el sentido de aceptar la responsabilidad civil extracontractual por los daños derivados del incumplimiento de los deberes conyugales, por actos realizados en complicidad o connivencia por un tercero y uno de los cónyuges en perjuicio del otro, tiene explicación en la común o general aceptación de la tutela aquiliana de los derechos de crédito en materia contractual³⁵, y especialmente en materia laboral³⁶, como oportunamente ha puesto de manifiesto GARÉ³⁷, al señalar que si se quieren aplicar ciertos principios muy difundidos al matrimonio de la materia contractual (sin que la comparación vaya más allá de la oportunidad técnica), se recordará que la

³⁵ SAVATIER, R.: *Traité de la responsabilité civile*, t. I, *Les sources de la responsabilité civile*, 2ª ed. *Librairie générale de droit et de jurisprudence*, Paris, 1951, p. 187 y ss.; LALOU, H.: *Traité pratique de la responsabilité civile*, 5ª ed., Dalloz, Paris, 1955, p. 490 y ss.; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: “El perjuicio”, cit., p. 583 y ss.; VATTIER FUENZALIDA, C.: “La tutela aquiliana”, cit., p. 849 y ss.; DE CUNTO ALDO, L.: “La responsabilidad”, cit.; si bien, dentro de los autores citados, se reconoce que se ha tratado de dirigir la protección de los derechos del acreedor respecto de la responsabilidad de los terceros a través de la acción pauliana, la competencia desleal, el abuso del derecho o la colisión de derechos de crédito, ha continuado prevaleciendo el camino de la tutela aquiliana del acreedor amparada en el art. 1382 del *Code*

³⁶ Véase la sentencia de la sala 2ª de lo civil de la Corte de Casación, de 5 de julio de 2001, comentada por HAUSER, J.: “Le tiers complice”, cit., p. 856, y el artículo L1237-3 del *Code du Travail* que dispone “Lorsqu’un salarié ayant rompu abusivement un contrat de travail conclut un nouveau contrat de travail, le nouvel employeur est solidairement responsable du dommage causé à l’employeur précédent dans les cas suivants: 1º S’il est démontré que le nouvel employeur est intervenu dans la rupture; 2º Si le nouvel employeur a engagé un salarié qu’il savait déjà lié par un contrat de travail; 3º Si le nouvel employeur a continué d’employer le salarié après avoir appris que ce dernier était encore lié à un autre employeur par un contrat de travail. Dans ce cas, sa responsabilité n’est pas engagée si, au moment où il a été averti, le contrat de travail abusivement rompu par le salarié était venu à expiration, soit s’il s’agit de contrats à durée déterminée par l’arrivée du terme, soit s’il s’agit de contrats à durée indéterminée par l’expiration du préavis ou si un délai de quinze jours s’était écoulé depuis la rupture du contrat”.

En España, el Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en su artículo 21 N°4, contempla una norma algo similar a la expresada en el Código del Trabajo francés, en cuanto obliga al trabajador a indemnizar los daños y perjuicios causados al empleador en caso de infringir el plazo mínimo de permanencia, después de haber sido especializado profesionalmente por éste, al disponer “Cuando el trabajador haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico, podrá pactarse entre ambos la permanencia en dicha empresa durante cierto tiempo. El acuerdo no será de duración superior a dos años y se formalizará siempre por escrito. Si el trabajador abandona el trabajo antes del plazo, el empresario tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios”; sin embargo, como se observa del texto, la responsabilidad de indemnizar se limita al trabajador, omitiendo el legislador el supuesto que la infracción en el plazo de permanencia sea motivada, inducida por otro empleador, asumiendo ambos solidariamente la obligación resarcitoria; sobre el particular, sería interesante pasar revista a una posible extensión de la interpretación de la norma por la doctrina como por la jurisprudencia laboral.

³⁷ Citado por HAUSER, J.: “Sanctions de l’obligation”, cit., p. 810 y ss., al comentar la sentencia de la sala 1ª de lo civil de la Corte de Casación, de 04 de mayo de 2000.

doctrina y jurisprudencia tienen por admitido hace mucho tiempo que toda persona, que en conocimiento de causa ayuda a otro a infringir sus obligaciones contractuales, incurre en una culpa delictual en contra de la víctima de la infracción; hay una “obligación de inviolabilidad” impuesta sobre los terceros, y si bien el matrimonio no puede reducirse a un contrato, no se ve porque el matrimonio sería menos inviolable que un contrato.

Si bien, en la actualidad, aún no existe unanimidad en cuestiones tales como, si la responsabilidad del deudor como del tercero cómplice es o no solidaria (aunque esta última es el criterio que se prefiere), o si la responsabilidad contractual de uno arrastra la extracontractual del otro, sí hallamos dos requisitos comunes y necesarios para dar lugar a la tutela aquiliana, como son que el tercero conozca la existencia del contrato, de la relación obligacional, y segundo, que éste realice un comportamiento activo, que colabore con el deudor al incumplimiento de su obligación, es decir, que asuma su rol de cómplice, en el entendido que con su intervención se ocasionará un perjuicio al acreedor, sin llegar al extremo de exigírsele una intencionalidad en dichos daños, no bastando en ningún caso, una simple culpa del tercero, ya que ello sería contrario a la relatividad de los contratos.

3. Alemania.

Muy distinta es la cuestión en la doctrina y jurisprudencia germana, donde se rechaza cualquier acción que el cónyuge interponga en contra de un tercero, por el daño causado por un acto suyo en complicidad con el otro cónyuge, que importe el incumplimiento de un deber conyugal; el fundamento de esta posición se apoya en que la regla general en esta materia, es la especialidad de las reglas del Derecho de familia previstas por el ordenamiento (salvo el excepcional caso que éste sea el resultado de un comportamiento doloso contra las buenas costumbres, amparado en el párrafo 826³⁸ del Código Civil alemán o BGB), limitando su aplicación exclusivamente a los cónyuges, descartando cualquier pretensión en contra de terceros ya sea a través de los párrafos 823³⁹ u 826 BGB, ya que no se comprende ni justifica que éstos respondan más allá que los propios cónyuges, únicos obligados por los

³⁸ Párrafo 826 BGB: “Daño doloso contrario a las buenas costumbres. Quien dolosamente causa un daño a otra persona de una manera contraria a las buenas costumbres está obligado a indemnizarle por el daño”.

³⁹ Párrafo 823 BGB: “Obligación de indemnizar por daños. 1. Quien, dolosa o negligentemente, de forma antijurídica dañe la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho de otra persona, está obligado a indemnizarle cualquier daño causado por esto. 2. La misma obligación incumbe a aquel que infrinja una ley que tenga como objeto la protección de otro. Si, de acuerdo con las disposiciones de la ley, la infracción de ésta es posible sin culpa, la obligación de indemnizar sólo aparece en caso de culpa”.

deberes conyugales⁴⁰. Como exponen ENNECCERUS, KIPP y Wolf, si el cónyuge que incumple su deber conyugal no es obligado a indemnizar los daños que con ello cause al otro integrante del matrimonio, mucho menos lo puede ser el tercero cómplice en la infracción; distinta es la situación cuando el tercero, individualmente y por su culpa, impide a uno de los cónyuges el cumplimiento de sus deberes conyugales, en circunstancias que éste está dispuesto a cumplirlos, ya que en este supuesto (daño por rebote o *préjudice par ricochet*) sí se permitiría la acción resarcitoria en su contra⁴¹.

Lo anterior es coherente con el hecho que tanto doctrina y jurisprudencia alemana, rechazan la tutela aquiliana de los derechos de crédito; esta afirmación se justifica en que el BGB es un sistema de aquellos en que los ilícitos civiles están establecidos mediante un principio de tipicidad, con un criterio restrictivo, donde la tutela aquiliana se limita a un *numerus clausus* de bienes o intereses protegidos según se aprecia en el párrafo 823, y entre los cuales no es posible comprender los derechos de crédito⁴², pese a la opinión contraria y menor que algunos intentan sostener amparados en el carácter residual de los términos “u otro derecho” del precepto en comento; en el mismo sentido, LARENZ⁴³ considera que la expresión “otros derechos” está limitada a los “derechos absolutos asimilables al de propiedad”⁴⁴, y que en cambio, sobre los derechos de crédito no es posible reconocer tal derecho (de propiedad)⁴⁵, restringiéndose el incumplimiento de la relación obligacional sólo al deudor⁴⁶.

⁴⁰ RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M^a: “Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho”, *Revista de Derecho Patrimonial*, N^o 10, ed. Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 75 y ss., y en especial, al comentar la sentencia del BGHZ (Tribunal Supremo Alemán), de 30 de enero de 1957.

⁴¹ ENNECCERUS, L., KIPP, Th., y WOLFF, M.: *Tratado de Derecho civil*, t. IV, *Derecho de familia*, vol. 1^o, *El matrimonio*, trad. de la 20^a edición alemana por B. Pérez González y J. Alguer, 2^a ed., Bosch, Barcelona, 1953, p. 196, nos dan el siguiente ejemplo, “si un padre tiene encerrada a su hija, a pesar de que ésta quiere ir con su marido, éste puede, conforme al § 823 ap. 1, demandar del padre la reposición natural, o sea que permita a la hija abandonar el domicilio del padre y le indemnice los daños causados”.

⁴² VATTIER FUENZALIDA, C.: “La tutela aquiliana”, cit., p. 845 y ss., en especial, pp. 848 y 849.

⁴³ LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones*, t. I, versión española y notas de Jaime Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 577 y 578.

⁴⁴ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: “El perjuicio”, p. 581 y ss.

⁴⁵ LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones*, cit., p. 449 y ss., señala que la expresión “propiedad sobre el crédito” sólo denota, significa, la pertenencia jurídica de un crédito, el derecho de una persona determinada, perteneciente a ella.

⁴⁶ En contra de esta posición, como expone DE CUNTO ALDO, L.: “La responsabilidad”, cit., reiterando lo expuesto por FEDELE, A.: *Il problema*, cit., p. 42, se defiende que el derecho de crédito sólo en su aspecto interno se limitaría a la relación entre acreedor y deudor, pero que en su aspecto externo tendría una protección absoluta, lo que significaría “un deber general de los terceros de abstenerse de perjudicar al crédito y el correlativo

Sobre el particular, FEDELE⁴⁷ resume que los argumentos de esta posición dominante se encuentran en la tradición del Derecho común; en los trabajos preparatorios que dieron origen al párrafo 823 BGB; en la naturaleza relativa del derecho de crédito prevista en el párrafo 241 BGB; en la autorización que el legislador le concede al acreedor para exigir de su deudor, la cesión de la acción indemnizatoria que pueda tener contra terceros conforme el párrafo 281; en las normas de los párrafos 504 y ss., que disciplinan el derecho de retracto o tanteo de un modo que se diferencia del derecho real de preferencia de los párrafos 1094 y ss.; en la ausencia en el BGB de la figura del *ius ad rem*; y a las dos situaciones previstas en el texto sustantivo que permiten, excepcionalmente al acreedor, demandar el resarcimiento del daño causado por un tercero, como es el caso del titular de un derecho de alimentos en contra del autor de la muerte de su alimentante (§844 BGB), y a los acreedores de la prestación de servicios contra el responsable del homicidio, lesión o privación de la libertad de su deudor (§845 BGB), supuestos que carecerían de sentido si esa fuese la regla general.

4. España.

Creemos oportuno comenzar, haciendo referencia a la inédita sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 02 de noviembre de 2004, que acogió la acción indemnizatoria de daños patrimoniales y morales alegados por el actor, fundado en el hecho que constante matrimonio, tres de los cuatro hijos nacidos dentro del período en referencia y, reconocidos por ambos cónyuges, eran fruto de relaciones extramatrimoniales que la mujer había mantenido con un tercero; estos últimos, tenían pleno conocimiento desde un comienzo que la paternidad de los citados tres hijos no correspondía al marido, hecho que habría sido ocultado por los demandados, llevando a que el actor los reconociera como hijos suyos y, asumiera las obligaciones y derechos respectivos, creándose el vínculo paterno filial entre éste y los menores, el cual, precisamente a consecuencia de la posterior determinación de la verdadera paternidad, como de la noticia de la infidelidad conyugal de parte de la mujer, habría producido en el demandante diversos perjuicios. De las pretensiones reclamadas, el tribunal de primera instancia sólo acogió el resarcimiento “por daño moral, por la pérdida del vínculo biológico respecto de los menores” padecido por el demandante, causado por la negligencia de la concepción extramatrimonial de los tres hijos, condenando solidariamente

derecho subjetivo del acreedor, todo lo cual deriva en que en realidad para esta doctrina el acto del tercero no debería ser considerado como una lesión del derecho de crédito sino como lesión de un derecho distinto absoluto correspondiente al acreedor”.

⁴⁷ FEDELE, A.: *Il problema*, cit., p. 48 y ss.; también en DE CUNTO ALDO, L.: “La responsabilidad”, cit.

a los demandados al pago de 50.000 euros, amparado en la responsabilidad civil extracontractual del artículo 1902⁴⁸ del Código civil español invocado por el actor, desvinculándose expresamente de los daños provenientes del incumplimiento de los deberes conyugales. Interpuesto recurso de apelación por todas las partes, la Audiencia Provincial acogió parcialmente la apelación del actor, incrementando la indemnización concedida por la sentencia de instancia, “porque a la negligencia propia de engendrar a los tres hijos, que así reconoce la sentencia de instancia, hay que sumar el dolo en el ocultamiento de la paternidad verdadera al actor, por ello fijamos como indemnización la suma de 100.000 euros, que deberán satisfacer, solidariamente, ambos demandados, pues el dolo en el ocultamiento de la no-paternidad, puede ser reprochable moralmente, en mayor medida a la que era su esposa, pero jurídicamente lo es a los dos por igual”, siempre apoyado en el art. 1902 CC y, especialmente en la conducta dolosa que causó el daño moral. Es menester señalar que estos argumentos, fueron nuevamente reiterados por la misma sección séptima de la Audiencia Provincial valenciana, en sentencia de 05 de septiembre de 2007⁴⁹.

Como se aprecia en este caso, tanto el tribunal de primera como de segunda instancia, condenaron a los demandados (cónyuge y tercero “amante”), a responder solidariamente de los daños y perjuicios causados al demandante por la negligencia en la concepción de tres hijos extramatrimoniales y por la ocultación dolosa de la paternidad, por aplicación de las normas de responsabilidad civil extracontractual.

En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de León de 02 de enero de 2007, y que sigue esta misma línea jurisprudencial, también resolvió que “ambos demandados deberán abonar conjunta y solidariamente al actor”, la suma de 30.000 euros, por los daños causados por el dolo “a la hora de ocultar, de forma continuada, la verdadera filiación de la menor”,

⁴⁸ Artículo 1902 Código Civil español: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

⁴⁹ ROMERO COLOMA, A. M^a: “Problemática jurídica de las indemnizaciones entre cónyuges (y excónyuges)”, *Diario La Ley*, N^o7008, de 09 de septiembre de 2008, comentando esta sentencia señala que el tribunal, reproduciendo la sentencia de 02 de noviembre de 2004, resolvió acoger la demanda por reclamación de daños morales alegados por el marido en contra de su mujer, “derivados de la situación de depresión, ansiedad y otras dolencias físicas que el actor sufrió al descubrir que, el último hijo que tuvo constante matrimonio con la primera, no era suyo, con una sensación de pérdida asimilable a la muerte de éste”, causados por la “negligencia en la procreación de tal hijo por la demandada y dolo al ocultar al actor y entonces esposo su no paternidad del mismo lo que conocía, según los citados testimonios y, sobre todo, al permitir con ese conocimiento y, aún de tener meras dudas y siendo que se le manifestaron por aquel, que le inscribiera como propio en el Registro, que se le fijaran alimentos en la separación durante su tramitación en primera y segunda instancia y pese a la denuncia de ello por el mismo, y que instara un proceso de impugnación de la paternidad, que sólo admitió inexistente tras las pertinentes pruebas biológicas”.

apoyándose en el art. 1902 CC español.

En síntesis, en todos estos casos se exigió una conducta dolosa de los demandados en la causa del daño, la cual se tuvo por acreditada con el hecho que, conociendo desde el primer momento que los menores no eran hijos del actor, conscientemente permitieron que éste los inscribiera como propios y pasaran a formar parte de su familia, con todas las obligaciones, derechos y vínculos inherentes a ello, amparándose en el deber general de no causar daño a otro para acoger la demanda resarcitoria, desvinculándose del matrimonio, al considerar irresarcibles los daños causados entre cónyuges por incumplimiento de los deberes conyugales.

En cuanto a la doctrina española, y pese a que sólo un exiguo grupo de autores se han planteado la interrogante que nos motiva, todos ellos se han manifestado a favor de la responsabilidad civil de los terceros; así por ejemplo, DE CASTRO Y BRAVO⁵⁰, quien al hablar de la distinción entre derechos absolutos y relativos, y manifestarse partidario de la tutela aquiliana de los derechos de crédito al amparo del art. 1902 CC, agrega que “de modo semejante, los derechos de familia relativos y los derivados de las relaciones de cooperación pueden ser base de acciones contra los terceros, que impidan o dificulten indebidamente su cumplimiento”.

En el mismo sentido LACRUZ⁵¹, coherente con su posición que entiende a los deberes conyugales como verdaderas obligaciones jurídicas, expresa que “no creo que pueda excluirse, en los casos de infracción de las obligaciones recíprocas, en particular los de abandono y adulterio, la posibilidad de una acción de daños del cónyuge ofendido frente al ofensor, o bien a su cómplice de los daños que cause”.

No obstante, en nuestra opinión, es DE VERDA Y BEAMONTE⁵² quien desarrolla esta cuestión, al comentar la sentencia del Tribunal de Milán de 22 de noviembre de 2002, que si bien resolvió rechazar en términos generales la responsabilidad civil de los terceros, excepcionalmente la admite cuando éstos hayan sido los inductores de la lesión de los derechos de créditos ajenos. Este autor, al criticar el fallo en comentó, sostiene que en virtud del deber general de respeto de los derechos ajenos (fruto de su reconocimiento constitucional en el art. 10⁵³ al ser expresión del principio *neminem laedere*), la

⁵⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1984, p. 592 y ss.

⁵¹ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.*, *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de familia*, vol. I, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1990, p. 143.

⁵² DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Responsabilidad civil”, cit.

⁵³ Artículo 10 Constitución española: “1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derecho

responsabilidad civil de los terceros que interfieren en el cumplimiento de los deberes conyugales se debe admitir siempre que éste haya realizado una “cooperación maliciosa o negligente a dicho incumplimiento”, sabiendo o debiendo saber que el deudor estaba casado⁵⁴, con independencia de que ello sea consecuencia de un comportamiento activo o inductivo al cónyuge incumplidor, y ya sea imputable a culpa o dolo; agrega, que reconocidos los derechos conyugales como auténticos derechos subjetivos, los terceros se encuentran obligados a respetarlos aunque no sean los destinatarios directos de los mismos, no existiendo argumentos para defender exigencias extraordinarias que limiten el accionar directo del acreedor en contra del tercero que interfiere con uno de los cónyuges en el cumplimiento de los deberes conyugales.

Esta postura es coherente con las palabras expresadas por el profesor DIEZ - PICAZO, que justifican la tutela aquiliana de los derechos de crédito, de los derechos subjetivos en general, como por ejemplo, los derechos conyugales, señalando que “se ha observado que la existencia de un deber de respeto general frente al derecho no es una característica peculiar del derecho real, sino que se da también en el derecho de crédito, como en general en todos los derechos subjetivos. En todos aquellos casos en que el derecho de crédito pueda ser violado por un tercero distinto del deudor (v.gr.: violación del derecho derivado de un contrato con cláusula de exclusiva, de un derecho de opción, etc.), el acreedor puede dirigirse contra el tercero para reclamar que su derecho sea satisfecho”, es decir, ejercer su derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios por la violación del elemento externo del derecho, consecuencia del *neminem laedere*, y amparado en el art. 1902 CC.⁵⁵.

Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

⁵⁴ Sobre el particular, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1955, en *Jurisprudencia Civil*, nueva serie, t. LII (52), julio – octubre, 1955, ed. Reus, Madrid, 1958, p. 1539 y ss., al pronunciarse sobre la eficacia respecto de terceros de un contrato de venta con exclusiva, resolvió que “el pacto de exclusiva despliega su eficacia sólo en las relaciones de los contratantes, no pudiendo ser opuestos a los terceros, respecto a los cuales son válidas las ventas concluidas violando el pacto, correspondiendo indudablemente al comprador una acción de indemnización de daños y perjuicios contra el vendedor, si éste, vendiendo a otros, ha descuidado dar a conocer la prohibición consiguiente a la precedente venta con exclusiva”; de este considerando colegimos a contrario sensu que, si el vendedor ha cumplido con su obligación de dar a conocer a los terceros la existencia de la cláusula de exclusiva, estos últimos también serán responsables de los daños y perjuicios causados al acreedor, entendiéndose además que, en ningún caso, sería suficiente un conocimiento presunto de la misma para hacer responsables a los terceros.

⁵⁵ DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. 1, *Introducción, teoría del contrato*, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 80; DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. 2, *Las relaciones obligatorias*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1993, p. 604 y ss.; y DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de derecho civil*, vol. II, *El contrato en general. La relación*

En el mismo sentido, LACRUZ⁵⁶ distingue respecto del deber jurídico, como contrapartida del derecho subjetivo del otro, que sobre éste existe un deber jurídico general, que “se traduce en el respeto que alcanza en principio a todos” para el adecuado ejercicio del titular del derecho, siendo más relevante en los derechos absolutos y, uno especial, “que afecta a una persona determinada, que puede ser compelida a un comportamiento determinado”, todo ello en armonía con los dos lados o facetas que constituyen los elementos del derecho subjetivo, y que según CASTÁN⁵⁷, reproduciendo las palabras de DEL VECCHIO⁵⁸ de su obra *Filosofía del Derecho*, “uno, es la *posibilidad de hacer o de querer* conforme al imperativo y dentro de sus límites, que puede llamarse elemento *interno*; el otro, está constituido por la *imposibilidad de todo impedimento ajeno* y por la posibilidad correspondiente de reaccionar contra éste, según el mismo orden de imperativos del cual depende la primera delimitación. Existe, pues, *una posibilidad de exigir de otros el respeto*, elemento al cual podemos denominar *externo*, porque se desenvuelve frente a los demás”.

En fin, como resume VATTIER FUENZALIDA⁵⁹ al manifestarse partidario de la tutela aquiliana de los derechos de crédito, pero limitada a las obligaciones de hacer y no hacer en caso de ser incumplidas parcial o totalmente por un acto de tercero, y después de agregar a la buena fe que se debe buscar en “el equilibrio entre la libertad contractual y el respeto debido a los derechos de los otros”, junto al aspecto externo de los derechos como fundamentos de la misma, señala que esta posición se justifica: a) en el deber jurídico genérico de respeto a todos los derechos subjetivos, b) en la relevancia y oponibilidad del derecho de crédito ante los terceros, c) en la generalidad del art. 1902, que no excluye el daño causado por el tercero al acreedor, d) en la falta de relatividad de los efectos del contrato, e) en que la pretendida subrogación *ex art. 1186* no permite resolver el problema porque se refiere sólo a las acciones del deudor contra el tercero causante de la imposibilidad de cumplir, pero no a la

obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2002, p. 205 y ss.

⁵⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.*, *Elementos de Derecho Civil I, Parte general*, vol. 3, *Derecho subjetivo. Negocio Jurídico*, tercera edición revisada y puesta al día por J. DELGADO ECHEVERRÍA, Dykinson, Madrid, 2005, p. 83 y ss.

⁵⁷ CASTÁN TOBEÑAS, J.: “El concepto de Derecho subjetivo”, *Revista de Derecho Privado*, junio de 1940, p. 121 y ss.

⁵⁸ DEL VECCHIO, G.: *Filosofía del derecho*, 2ª edición corregida y aumentada y extensas adiciones por L. Recasens Siches, t. II, Bosch, Barcelona, 1936, p. 6 y ss., en ella el autor italiano nos señala que “Ambos elementos – interno y externo – son necesarios para el concepto del derecho subjetivo, el cual no consiste simplemente en una posibilidad de hacer, porque se confundiría con la posibilidad física. Esta (la llamada libertad natural) es más amplia que la posibilidad jurídica, la cual, aunque más restringida, tiene, sin embargo, un valor infinitamente mayor, porque va, y en tanto que va, acompañada de la exigencia de respeto”; también en DEL VECCHIO, G.: *El concepto del derecho*, traducción de la segunda edición italiana por Mariano Castaño, ed. Hijos de Reus, Madrid, 1914, p. 98 y ss.

⁵⁹ VATTIER FUENZALIDA, C.: “La tutela aquiliana”, p. 851 y ss.

acción del acreedor contra este último, f) en que los daños del acreedor son distintos de la pérdida o destrucción de la cosa debida y acaso de cuantía muy superior y, g) en que aparte de ser dudoso que la subrogación aludida sea de aplicación a las obligaciones de hacer –y de no hacer-, la acción del acreedor contra el tercero no puede entrar en el *commodum repraesentationis*, puesto que no compete al deudor en la medida en que el riesgo de pérdida de la cosa debida o de imposibilidad sobrevenida de la prestación incumbe al propio acreedor⁶⁰.

⁶⁰ En el mismo sentido MORENO QUESADA, B.: “Problemática de las obligaciones de hacer”, *Revista de Derecho Privado*, t. LX, enero/diciembre, 1976, p. 489, admite la tutela aquiliana de los derechos de crédito fundada en “la existencia de un deber de respeto del derecho de crédito por parte de los terceros, que no es sino consecuencia del deber general de respeto de todos los derechos subjetivos y de todas las situaciones jurídicas que forman la esfera jurídica ajena”, compartiendo en parte la posición de VATTIER FUENZALIDA, C.: “La tutela aquiliana”, cit., al sostener que ella se da generalmente en las obligaciones de hacer y excepcionalmente en las obligaciones de dar, “ya que el problema se plantea solamente respecto de aquellas que por su naturaleza son intransmisibles a los herederos, por estar la prestación estrechamente ligada a la persona del deudor, de tal manera que su muerte y, en muchos casos, su impedimento para actuar es causa de extinción del vínculo obligatorio. Y tales caracteres figuran típicamente en las obligaciones de hacer infungibles, respecto de las cuales el hecho del tercero que incide sobre la persona del deudor resulta idóneo para producir una lesión del derecho del acreedor”.

También favorable a la tutela aquiliana de los derechos de crédito, pero sin entrar en la controversia de si ésta se debe limitar o no las obligaciones de hacer o no hacer, se expresa PANTALEÓN PRIETO, F.: “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1983”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 70, 1983, p. 789 y ss., que, desestimando el recurso de casación interpuesto en contra de la sentencia de la Audiencia Territorial de Valladolid de 10 de abril de 1978, confirmó el fallo de segunda instancia que acogió parcialmente la demanda del Abogado del Estado en contra de los demandados, por los daños y perjuicios causados al Estado derivados del accidente que sufrió el sargento de la Guardia Civil, quien resultó lesionado por 180 días, condenándolos a pagar solidariamente la suma de 14.899 ptas. correspondientes a los costos sufragados por el Estado en concepto de asistencia hospitalaria, desestimando por el contrario, la petición de 300.006 ptas. correspondientes a los salarios abonados al lesionado como funcionario público; el motivo señalado por el sentenciador de segunda instancia para desestimar esta última alegación se halla en “que en el presente caso no consta que el Estado – aquí recurrente – haya sufrido perjuicio por consecuencia del servicio que dejó de prestarle subjetivamente uno de sus funcionarios que, por causa de las lesiones sufridas, no lo desempeñó, al no constar que objetivamente la función a realizar por dicho lesionado haya resultado dañada ni que precisare para su cumplimiento de contraprestación complementaria alguna de las presupuestariamente asignadas al servicio”; sobre el particular, rescatamos tres afirmaciones expuestas por el autor en comentario a través de una interesante conversación entre dos juristas imaginarios, Primus y Secundus, que resumen sus argumentos para defender la tutela aquiliana de los derechos de crédito, a saber 1) “naturalmente que admito la llamada “tutela aquiliana de los derechos de crédito” entre otras cosas porque el artículo 1902 habla de “el que causare daño a otro”, sin hacer distinción de ningún tipo”, 2) “las acciones de resarcimiento de daños no forman parte del *commodum repraesentationis* y el acreedor no se subroga en ellas por la sencilla razón de que no hay nada en qué subrogarse.... Pretender fundamentar la reclamación de la Administración en el artículo 1186 del Código Civil es falaz, en cuanto supone caer en un círculo vicioso

Sobre el particular, GULLÓN⁶¹ agrega que el principio de la relatividad de los contratos no constituye un obstáculo para acoger la tutela aquiliana de los derechos de crédito, ya que no significa que los terceros puedan ignorarlo, sino que sólo el deudor es el único obligado por el contenido de la prestación, y sólo a éste el acreedor puede exigirle la satisfacción de la misma, según precisaba POLACCO⁶².

Esto es coherente con lo expuesto hasta este momento; el derecho de crédito o quizá mejor dicho los derechos subjetivos en general, están compuestos de dos elementos, uno interno, que comprende el contenido de la prestación de cargo siempre del deudor, y otro externo, que refleja el deber general de respeto del derecho que se impone a los terceros por aplicación del *neminem laedere*, dos deberes jurídicos distintos que se imponen a sujetos diferentes pero que son fruto de un mismo derecho⁶³.

sin salida. Presupuesto para que el citado artículo funcione es que la Administración haya seguido abonando efectivamente sus salarios al Guardia Civil, pese a la incapacidad transitoria de éste... Pero, como antes vimos, si el Guardia Civil sigue recibiendo sus salarios no ha sufrido daño patrimonial/lucro cesante alguno. Y, consecuentemente, no ha nacido en su cabeza acción alguna de resarcimiento contra el causante de la lesión en la que la Administración pueda subrogarse *ex* artículo 1186” y, 3)”Efectivamente. El daño por el que la Administración puede reclamar no reside en el hecho de haber tenido que continuar abonando sus salarios al Guardia Civil durante el período en que éste no pudo prestar sus servicios, sino, cabalmente, en la privación en sí de dichos servicios; privación que, evidentemente, es causalmente atribuible a tu defendido. Porque dichos servicios son, sin duda alguna, un bien patrimonial (se compran y venden por dinero en el mercado de trabajo...), y la privación de un bien patrimonial es, en principio, un daño patrimonial... Si los restantes Guardias Civiles son tan amables como para trabajar más para cubrir la baja de su compañero, sin cobrar horas extraordinarias, sería absurdo que ello sirviera para exonerarle al dañante. Porque entonces habría que sostener –y nadie lo sostiene– que si A rompe un cristal de B, éste no sufre daño y A no tiene que indemnizarle si el cristallero C, amigo de B, le regala y coloca otro cristal idéntico”.

En sentido contrario se expresa ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: “El perjuicio”, cit., p. 587 y ss., apoyado en a) que sólo los derechos reales y demás derechos absolutos se imponen a terceros erga omnes, es decir, contienen el deber universal negativo de abstención, b) la existencia de la acción subrogatoria que el art. 1111 y demás del CC, permiten dar solución a los derechos de crédito del acreedor lesionados por un tercero, c) que el art. 1902 CC no ampara los derechos de crédito, sino que sólo a los bienes y propiedad, d) que la lesión de los derechos de crédito de los acreedores no afecta, en ningún caso, a la personalidad misma de éstos, la cual sí es digna de respeto por todo el mundo, y e) que aceptar la tutela aquiliana, ocasionaría el absurdo de múltiples acciones de resarcimiento por culpa extracontractual a favor de muchas personas más o menos relacionadas con el deudor; excepcionalmente se permitiría en caso de privación por un tercero de la pertenencia jurídica de un derecho de crédito y, cuando se produce una interferencia contractual nociva de un tercero frente a un contrato anterior.

⁶¹GULLÓN BALLESTEROS, A.: “En torno”, cit., p. 147 y ss.

⁶²POLACCO, V.: *Le obbligazioni nel Diritto civile italiano*, vol. I, Roma, 1914, p. 25 y ss.

⁶³ En sentido contrario se expresa CARNELUTTI, “Appunti sulle obbligazioni”, *Revista del Diritto Commerciale*, 1, 1915, p. 553 y ss., al rechazar que la responsabilidad del tercero cómplice se encuentre fundada en la tutela aquiliana causada por la violación del *neminem*

III. NUESTRA OPINIÓN.

Después de revisar y analizar los argumentos de la doctrina y jurisprudencia italiana, francesa, alemana y española sobre la materia que nos ocupa, nos manifestamos partidarios de extender la responsabilidad sobre los terceros, pero limitada a aquellas situaciones en que éstos hayan realizado un comportamiento activo, ya sea induciendo o confabulando con el cónyuge deudor al incumplimiento de los deberes conyugales, no siendo suficiente en ningún caso, el simple saber o deber saber que el deudor se hallaba obligado por matrimonio, ni mucho menos cualquier cooperación culpable o negligente, y aún por omisión, al incumplimiento. Sostener lo contrario, como por ejemplo lo hace DE VERDA Y BEAMONTE, produciría un número ilimitado y desmesurado de acciones en contra de terceros⁶⁴, ya que bastaría alegar que éstos, sabiendo o debiendo saber que una persona se encuentra casada, no se han comportado con su máxima diligencia (bastaría imputarles cualquier culpa), ayudando con su acción u omisión al incumplimiento de los deberes conyugales.

Contribuyen a fundamentar nuestra opinión, los artículos 130 inciso 2 del Código civil, y el artículo 18 de la Ley 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias; el primero, al establecer la responsabilidad solidaria de la mujer con su nuevo marido, que infringiendo el impedimento de segundas nupcias contrae matrimonio antes del plazo establecido por la ley para evitar la confusión de paternidad, causando perjuicios a terceros; y el segundo, al consagrar la responsabilidad solidaria al pago de la obligación alimenticia del alimentante con la persona que, sin derecho a ello, dificultare o imposibilitare el fiel y oportuno cumplimiento de dicha obligación. Si bien, en estos dos casos estamos frente a deberes jurídicos cuya fuente es la ley (y no la convención como en el matrimonio), no debemos desatender que en ellos sólo existe un obligado por un deber jurídico, la mujer a no pasar a segundas nupcias antes del tiempo establecido por la ley o el alimentante de pagar los alimentos, pero la ley extiende la responsabilidad del cumplimiento de dicho deber al tercero (el nuevo marido o la persona que sin derecho a ello, dificulta o imposibilita el fiel y oportuno cumplimiento del pago de los alimentos), que con su comportamiento contribuye al incumplimiento del deber jurídico impuesto.

laedere; para él, la responsabilidad del tercero nace de la colaboración de éste a la infracción del deber jurídico del deudor, descartando la construcción de una obligación diversa a la obligación violada del deudor; tanto el tercero como el deudor violan una misma obligación, el mismo deber jurídico del deudor, por medio de la ayuda del primero al segundo, siendo este único deber suficiente para fundar la responsabilidad de ambos.

⁶⁴ MORENO QUESADA, B.: "Problemática", cit., p. 489, señala como éste es uno de los principales argumentos, por sobre los teóricos y de derecho positivo, que se invocan por la doctrina tradicional y jurisprudencia para rechazar el principio de responsabilidad de los terceros por perjuicios causados al crédito.

Asimismo, sostenemos que a los responsables del hecho ilícito, cónyuge y tercero, se les deberá imputar dolo o culpa grave; al primero, en la acción u omisión que infringe los deberes conyugales, y al segundo, en su acción de inducción o concierto al incumplimiento de los mismos, y por medio del cual, infringe el deber general de respeto impuesto por aplicación del principio *neminem laedere*. Nuestra posición la fundamos en que en el particular escenario en que nos encontramos –“el matrimonio”–, las reglas de responsabilidad civil sufren modificaciones, al reconocer un privilegio conyugal que limita su tutela a una acción u omisión imputable a culpa grave o dolo de cualquiera de los cónyuges⁶⁵, el cual se hace extensivo a los terceros que participen en el incumplimiento; carecería de lógica jurídica pretender que un hecho ilícito causado por dos responsables –un cónyuge y un tercero– exigiera distintos grados de culpabilidad para el reconocimiento de la obligación resarcitoria: al cónyuge dolo o culpa grave y al tercero culpa o negligencia, resultando precisamente menos gravosa la responsabilidad civil para el directa y personalmente obligado por los deberes personales del matrimonio.

En todo caso, nuestra posición, que acoge la responsabilidad civil de los terceros por su complicidad o inducción con uno de los cónyuges al incumplimiento de los deberes conyugales, encuentra su principal fundamento, como también sucede en Italia, Francia o España, en la propia naturaleza jurídica de las relaciones personales que vinculan a los cónyuges, deberes y derechos jurídicos, subjetivos de familia, que también gozan de la tutela aquiliana, al ser ordenamientos que establecen una cláusula general de responsabilidad civil.

En síntesis, considerando estas claras palabras, junto a las ya expresadas por la doctrina y jurisprudencia comparada y, establecido que los derechos conyugales son derechos subjetivos privados de familia, con un elemento interno de carácter relativo, y otro externo de carácter absoluto, deducimos necesariamente que éstos también se encuentren amparados por la tutela aquiliana, por el deber general de respeto, incluida su protección frente a la lesión de cualquier tercero, como a la protección especial que pesa sobre los obligados: los cónyuges.

Lo anterior se ajusta plenamente al efecto expansivo de los contratos que se abre paso en la doctrina nacional, y que está permitiendo superar el llamado efecto relativo del contrato, como expresamente lo recoge LÓPEZ SANTA MARÍA⁶⁶ al señalar, después de desarrollar los argumentos de la doctrina clásica que defiende que los contratos solo producen un efecto relativo o

⁶⁵ En este sentido, los artículos 257 y 1748 del Código civil establecen el deber de diligencia en la culpa grave o dolo del padre o madre o del cónyuge incumplidor.

⁶⁶ LÓPEZ SANTA MARÍA, J.: *Los contratos*, parte general, t. II, 4ª edición revisada y ampliada, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2005, p. 342 y ss.

directo, limitado a las partes contratantes, que “hasta aquí la tesis clásica tradicional sobre el efecto relativo, también llamado efecto *directo* de los contratos. Una cierta declinación de estos postulados, en el derecho contemporáneo, surge desde dos vías diversas. Se comprueba, por una parte, la proliferación de excepciones al efecto relativo, el surgimiento de casos en que un contrato crea derechos u obligaciones para un *penitus extranei* o tercero absoluto. Y, por otra parte, se decanta, en la actualidad, el llamado efecto expansivo o efecto absoluto de los contratos, conforme al cual, indirectamente, los contratos pueden beneficiar o perjudicar a muchas personas que no revisten el carácter de partes; en cuanto hecho, el contrato se expande o puede expandir *erga omnes*”.

Dicho lo anterior, en la medida que el efecto relativo de los contratos es superado por aquella postura que defiende el efecto absoluto, o externo de los contratos, se puede sostener la oponibilidad de los contratos a los terceros, obligándolos a responder de los daños que causen por su intervención en el incumplimiento de las obligaciones contractuales como ya lo sostiene PIZARRO WILSON⁶⁷, pese a reconocer que “la situación del cómplice en el incumplimiento de un contrato es conocida sólo en la doctrina chilena. En la jurisprudencia no existen casos”.

Hasta aquí hemos sostenido y justificado que para que el tercero pueda ser declarado responsable, es menester que éste tenga un comportamiento activo, ya sea de complicidad o inducción, con un cónyuge al incumplimiento de los deberes conyugales, junto al particular grado de culpabilidad de ambos sujetos, culpa grave o dolo, en atención al particular escenario en que nos encontramos, el matrimonio.

Pero además, la aplicación de la tutela aquiliana para el supuesto en estudio, nos presenta otros dos problemas que nos limitamos a enunciar atendidos los límites de este trabajo: primero, la determinación de la vía resarcitoria, ya que por un lado, tenemos al cónyuge sujeto a la responsabilidad civil contractual (obligacional) al incumplir un deber conyugal, y por otro, a un tercero sujeto a la responsabilidad civil extracontractual (extraobligacional) al infringir el deber general de respeto; y segundo, la naturaleza de la responsabilidad, precisando si cónyuge y tercero responden subsidiaria, mancomunada o solidariamente.

⁶⁷ PIZARRO WILSON, C: “El efecto relativo de los contratos: partes y terceros”, en *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, ed. LexisNexis, octubre de 2007, p. 551 a 567, y en especial, p. 558 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

BELLINI, L. “Lesione e tutela extracontrattuale del rapporto personale”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 2º, 1953.

BENABENT, A. : *Droit civil, La famille*, 3ª ed., Litec, Paris, 1988.

BIANCA, M.: *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, en *Commentario del Codice civile* (dir. A. SCIALOJA y G. BRANCA, y G. BRANCA), libro IV, Delle obbligazioni, art. 1218 – 1229, 2ª ed., Bolonia – Roma, 1979.

BOULANGER, F.: *Droit civil de la famille*, t. I, *Aspects Internes et Internationaux*, ed. Economica, Paris, 1990.

BUSNELLI, F.: *La lesione del credito da parte di terzi*, Giuffrè, Milano, 1964.

BUSNELLI, F.: “La tutela aquiliana del credito: evolución jurisprudencial e significado actual del principio”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, año V – 2, junio 1987.

CARNELUTTI, “Apuntes sobre obligaciones”, *Rivista del Diritto Commerciale*, 1, 1915.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: “El concepto de Derecho subjetivo”, *Rivista de Derecho Privado*, junio de 1940.

CENDON, P.: *Rivista Critica del Diritto Privato*, año V – 2, junio 1987.

CENDON, P., GAUDINO, L., ZIVIZ, P.: “La moglie infedele, l'amante, i danni del coniuge tradito”, en ALLETTO *et al.*, *La responsabilità extracontrattuale, Le nuove figure di risarcimento del danno nella giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 1994.

CORNU, G.: *Droit civil, La Famille*, Montchrestien, 7ª éd., Paris, 2001
DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España*, ed. Civitas S.A., Madrid, 1984.

DE CUNTO ALDO, L.: “La responsabilidad extracontractual por lesión al crédito”, *Anuario 2003*, disponible en <http://www.economicasunp.edu.ar/06-publicaciones/informacion/anuario%2003/De%20cunto.pdf> –

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales”, *Diario La Ley*, N°6676, 21 de marzo de 2007, edición electrónica (<http://www.laley.net>).

DEL VECCHIO, G.: *El concepto del derecho*, traducción de la segunda edición italiana por Mariano Castaño, ed. Hijos de Reus, Madrid, 1914.

DEL VECCHIO, G.: *Filosofía del derecho*, 2ª edición corregida y aumentada y extensas adiciones por L. Recasens Siches, t. II, Bosch, Barcelona, 1936.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. 1, *Introducción, teoría del contrato*, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1996.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. 2, *Las relaciones obligatorias*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1993.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de derecho civil*, vol. II, *El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2002.

ENNECCERUS, L., KIPP, Th., y WOLFF, M.: *Tratado de Derecho civil*, t. IV, *Derecho de familia*, vol. 1º, *El matrimonio*, trad. de la 20ª edición alemana por B. Pérez González y J. Alguer, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1953.

FEDELE, A.: *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*, Giuffrè, Milano, 1954.

FRACCON, A.: “La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, año V – 2, junio 1987.

FRACCON, A.: “I diritti della persona nel matrimonio. Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno”, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, vol XXX, enero – marzo 2001.

GULLÓN BALLESTEROS, A.: “En torno a los llamados contratos en daño de tercero”, *Revista de Derecho Notarial*, vol. XX, abril/junio, 1958.

HAUSER, J.: “L’article 1382, dernier rempart de la morale?”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N°4, octubre/diciembre, 1997.

HAUSER, J.: “Sanctions de l’obligation de fidélité”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N° 4, octubre/diciembre, 2000.

HAUSER, J.: “Le tiers complice de la violation de l’obligation de fidélité”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N° 4, octubre/diciembre, 2001.

LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.*, *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de familia*, vol. I, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1990.

LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.*, *Elementos de Derecho Civil I, Parte general*, vol. 3, *Derecho subjetivo. Negocio Jurídico*, tercera edición revisada y puesta al día por J. DELGADO ECHEVERRÍA, Dykinson, Madrid, 2005.

LALOU, H.: *Traité pratique de la responsabilité civile*, 5ª ed., Dalloz, Paris, 1955.

LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones*, t. I, versión española y notas de Jaime Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

LÓPEZ SANTA MARÍA, J.: *Los contratos*, parte general, t. II, 4ª edición revisada y ampliada, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2005.

MACHADO CARRILLO, M.: *El adulterio en el Derecho penal*, pasado, presente y futuro, tesis dirigida por el profesor Manuel Cobo del Rosal, ed. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Valencia, 1977.

MORENO QUESADA, B.: “Problemática de las obligaciones de hacer”, *Revista de Derecho Privado*, t. LX, enero/diciembre, 1976.

PALETTO, V.: “Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 17 de septiembre de 1988”, *Nuova giurisprudenza civile comentata*, parte primera, 1989.

PANTALEÓN PRIETO, F.: “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1983”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 70, 1983.

PATTI, S.: “La lesione del diritto all’attività sessuale e gli attuali confini del danno risarcibile”, Comentario a la sentencia de Casación de 11 de noviembre de 1986, *Giurisprudenza italiana*, I, 1ª parte, 1987.

PIZARRO WILSON, C.: “El efecto relativo de los contratos: partes y terceros”, en *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, ed. LexisNexis, octubre de 2007.

PLANIOL y RIPERT: *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, t. II, *La familia, matrimonio, divorcio, filiación*, trad. de Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverend Brusone, ed. Cultural S.A., Habana, 1946.

POLACCO, V.: *Le obbligazioni nel Diritto civile italiano*, vol. I, Roma, 1914.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: “El perjuicio del derecho de crédito por acto de tercero”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1962.

RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. Mª: “Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho”, *Revista de Derecho Patrimonial*, N° 10, ed. Aranzadi, Pamplona, 2003.

ROMERO COLOMA, A. M^a: “Problemática jurídica de las indemnizaciones entre cónyuges (y excónyuges)”, *Diario La Ley*, N^o7008, de 09 de septiembre de 2008.

SAVATIER, R. : *Traité de la responsabilité civile*, t. I, *Les sources de la responsabilité civile*, 2^a ed. *Librairie générale de droit et de jurisprudence*, Paris, 1951.

TRIMARCHI, P.: “Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito”, *Rivista di Diritto Civile*, anno XXIX-1983, parte primera.

VATTIER FUENZALIDA, C.: “La tutela aquiliana de los derechos de crédito: algunos aspectos dogmáticos”, en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989.

ÍNDICE